S732A

B619-

WITHDRAWN STOCK

11·3

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

VI

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

D'APRÈS LA MÉTHODE DE ZACHARIÆ

PAR

MM. AUBRY ET RAU

CONSEILLERS A LA COUR DE CASSATION

CINQUIÈME ÉDITION

TOME SIXIÈME

revu et mis au courant de la législation et de la jurisprudence

PAR

M. Étienne BARTIN

Professeur de droit civil à la Faculté de Paris

PARIS

IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE,

MARCHAL ET BILLARD

G. GODDE, Successeur

ÉDITEUR, LIBRAIRE DE LA COUR DE CASSATION

27, Place Dauphine, Paris (Ier)

1920

Tous droits réservés.

DROIT CIVIL THÉORIQUE FRANÇAIS

SECONDE PARTIE. — LIVRE PREMIER

DEUXIÈME DIVISION (*suite*)

DES DROITS PERSONNELS PROPREMENT DITS
(*Jus obligationum*)

TITRE SECOND

Des diverses espèces d'obligations en particulier.

d. *Du contrat de société.*

§ 377.

Notion du contrat de société.

La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de former un fonds commun, au moyen de mises à fournir par chacune d'elles, dans la vue de faire valoir ce fonds et de partager les bénéfices [1 *bis*]

[1*bis*. Une tradition qui ne paraît pas remonter plus haut que le Code Civil limite rigoureusement le sens de ces expressions à l'hypothèse précise où les associés se proposent, en s'associant, de réaliser, par voie d'acquisition, des gains en argent, destinés à être partagés entre eux. Voy. texte et note 7 *infrà*. — S'il s'agissait, pour les associés, de se procurer, au moyen de leur groupement, un avantage patrimonial, même pécuniaire, qui ne fût pas un gain proprement dit, par exemple celui qui résulterait d'une économie à réaliser, à leur profit seulement, sur l'achat d'objets destinés à être consommés par eux seuls (Sociétés coopératives de consommation), ou sur des valeurs qu'ils se proposeraient de s'emprunter entre eux (Sociétés coopératives de crédit), en tant, d'ailleurs, que ces associations n'auraient pas pris la forme d'une société à capital variable, régie par les art. 48

qui pourront résulter de l'emploi qu'elles en feront. Art. 1832.

et suiv. de la loi du 24 juillet 1867, ou par les art. 68 et suiv. ajoutés à ladite loi par celle du 1er août 1893 (voy. Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, II, n° 1033-3°), on ne serait pas en face d'une société proprement dite. Voy. not. pour les coopératives de crédit : Cass., 4 août 1909, Sir., 10, 1, 393. — Il en est de même du cas où il s'agit pour les associés, soit de répartir entre eux les pertes qu'ils peuvent subir en conséquence de certains risques (assurances mutuelles, voy. la note 5 *infrà*), soit d'agir en vue de la conservation de biens ou de la protection d'intérêts communs (union d'obligataires par exemple, voy. Lyon-Caen et Renault, II. n° 593 *bis*, Aix, 8 avril 1878, Sir., 1879, 2, 313, et incidemment la note de M. Labbé, 3e col., les conclusions de M. le substitut Eug. Duval, sous Seine, 22 avril 1886, *Revue des Sociétés*, 1886, 402, Cass., 3 décembre 1889, Sir., 91, 1, 525 : union de propriétaires, Cass., 27 juillet 1880, Sir., 81, 1, 245), soit enfin de s'entendre en vue d'éviter l'avilissement du prix des objets qu'ils produisent (*non obstat* art. 419 du Code pénal : cpr. Bordeaux, 2 janvier 1900, Sir., 1901, 2, 225, et la note de M. Lévy-Ullmann). Dans ces deux dernières hypothèses, indépendamment du caractère de l'avantage patrimonial, et même pécuniaire, qui est réservé aux participants, et qui est exclusif de l'idée de gain proprement dit, une autre condition de la société fait encore défaut, l'éventualité d'une répartition et d'un partage. Tous les groupements susvisés ne peuvent, dès lors, constituer, dans cette doctrine, que des associations, au sens de la loi du 1er juillet 1901. Voy. le § 385 *bis*. — Il faut reconnaître d'ailleurs qu'on a quelque peine à s'expliquer l'étroitesse de cette interprétation et de la formule qui la traduit. Les précédents du droit romain y sont certainement contraires (fr. 52, *pro. socio*, visé à la note 7 *infra*. Cpr. Girard, *Précis*[5], pag. 575). Les textes de notre ancien droit, bien loin d'impliquer une modification de cette doctrine, en renouvellent plutôt l'expression. (Domat, *Loix civiles*, liv. I, titre 8, section I, § 1, vise les profits et *autres avantages* que les associés retirent de la société. Voy. aussi Pothier, *Sociétés*, n° 133.) Rien non plus, dans les travaux préparatoires du Code civil, ne donne à entendre qu'on ait songé à revenir sur cette tradition et à restreindre arbitrairement le sens des expressions dont on se servait couramment auparavant, pour caractériser le contrat de société par son but. Aucune observation ne fut faite, en ce sens, sur les textes préparés, dont la rédaction était visiblement inspirée des passages précités de Domat et de Pothier. (Fenet, XIV, 366, 380, 385, 405, 418.) Enfin, certains textes du Code civil lui-même reconnaissent l'existence d'une société dans des hypothèses où il ne peut être question d'un partage des bénéfices. Voy. l'art. 1841, qui vise *l'usage commun* de certaines choses déterminées. Cpr. la note 3 *ter infra*. Voy. en ce sens Planiol, note sous Cass., 26 mai 1894, Dall., 1895, 1, 217, et *Précis*, II, n° 1943. Cpr. la formule et la critique mesurée de Lyon-Caen et Renault, II, § 34 *bis*. — M. Planiol attribue cette déviation que

Ce contrat exige donc, comme conditions essentielles à son existence :

1° Le consentement des parties. Ce consentement doit porter sur tous les éléments constitutifs du contrat de société. Ainsi, la simple communauté d'intérêts résultant d'un fait même volontaire de la part des cointéressés, par exemple, d'une acquisition faite en commun, ne forme pas une société proprement dite, lorsque les parties n'ont pas eu en vue de réaliser le but caractéristique de ce contrat[1].

La société commence à l'instant même où intervient le consentement nécessaire à sa formation, à moins que les parties n'en aient fixé le commencement à une autre époque. Art. 1843.

[Le consentement des parties suppose d'ailleurs, non seulement qu'elles sont capables de contracter, selon le droit commun, mais encore que le contrat de société est possible entre elles. C'est ainsi que des époux, communs en biens ou non, ne peuvent s'associer [1] *ter*.]

la notion traditionnelle de société a subie, dans la pratique postérieure au Code civil, à la prépondérance énorme des sociétés commerciales sur les sociétés civiles, que la pratique a été ainsi « entraînée à voir à travers les sociétés commerciales », où la notion de bénéfice se ramène à la notion plus étroite de gain à partager. Cette observation est juste sans doute, mais elle n'explique cependant pas qu'on ait été ainsi conduit à refuser le caractère de société à des groupements qui peuvent précisément prendre la forme de sociétés commerciales (Coopératives constituées en sociétés à capital variable). Il y a lieu, toutefois, d'ajouter que la jurisprudence rigoureusement restrictive du domaine de la société civile, dont nous avons relevé dans cette note et dans les notes suivantes les principaux monuments, paraît tendre, depuis quelques années, sinon peut-être à modifier franchement ses formules antérieures, du moins à en modérer l'application en élargissant la notion de bénéfice. Voy. surtout : Req. 15 avril 1902, Sir., 1903, 1, 289 (fiscal), et Req. 15 avril 1910, Sir., 1913, 1, 481, et la note de M. Gaudemet, qui, tout en ramenant cette jurisprudence nouvelle à l'alignement de l'ancienne, nous paraît cependant tirer de l'opposition apparente de doctrine des arrêts précités du 15 avril 1902 et du 27 juillet 1880 de conséquences un peu hardies en ce qui concerne l'opposition, dans notre droit positif, des groupements de personnes à but économique et des groupements de personnes à but idéal ou désintéressé.]

[1] LL. 31, 32 et 33, D. *pro soc.* (17, 2).

[1 *ter* Pour l'hypothèse où les époux ne sont pas communs en biens,

[D'ailleurs, avant la loi du 1er juillet 1901, les membres d'une congrégation religieuse non autorisée pouvaient contracter entre eux une société civile ou commerciale [1] *quater*.]

2° Une mise ou un apport à fournir par chacune des

l'établissement d'une société entre époux constituerait évidemment un changement au contrat de mariage. Voy. § 503 *bis*, texte et note 14. Cpr. § 504, texte et note 3. Cpr. spécialement pour le cas où les époux sont judiciairement séparés de biens, § 516, texte, à la note 84. Mais le contrat de société ne tendrait pas moins gravement à modifier les conventions matrimoniales, dans le cas où il s'agirait d'époux communs en biens, les règles du contrat de société étant manifestement inconciliables avec celles de la communauté, quelle qu'elle soit. Du principe, incontesté aujourd'hui, de la nullité des sociétés entre époux, la jurisprudence a conclu notamment à la nullité des sociétés formées même entre les époux et un tiers, dès qu'il est établi, en fait, que chacun des époux y figure avec une personnalité distincte de celle de l'autre. Nîmes, 24 avril 1900, Sir. 02, 2, 302. Req. (mêmes parties), 23 avril 1902, Sir. 04, 1, 506. Voy. d'autre part, pour la nullité des sociétés entre futurs époux : Nîmes, 18 déc. 1886, sous Req. 12 juillet 1887, Sir. 87, 1, 384. Req. 8 déc. 1891, Sir. 92, 1, 293. M. Hémard (*Des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, Paris, 1912, p. 99 et suiv., a vigoureusement critiqué tout ce système de la nullité des sociétés entre époux. On fera observer d'ailleurs que cette nullité n'empêche pas d'appliquer aux rapports qui sont résultés, entre les époux, du fonctionnement de fait de cette société nulle, jusqu'au moment où la nullité a été demandée, les tempéraments que la jurisprudence apporte aux conséquences de la nullité des sociétés en général. Civ. rej. 7 mars 1888, Sir. 88, 1, 305, et la note de M. Lacointa. Req. rej. 27 juin 1893, Sir., 94, 1, 25. Civ. rej. 5 mai 1902, Sir. 05, 1, 41, et la note de M. Hémard. D'autre part, il ne résulte pas du principe de la nullité des sociétés entre époux que le mari et la femme ne puissent être, l'un et l'autre, déclarés en faillite, lorsque l'un d'eux s'est, en fait, immiscé dans le commerce de l'autre. Req. 28 octobre 1901, Sir., 01, 1, 520. Cpr. Req. 17 janvier 1881, Sir., 81, 1, 405. On rappellera d'ailleurs ici que, dans une hypothèse très particulière, l'interprétation possible d'un arrêt célèbre de la Chambre des Requêtes, 30 octobre 1886, Sir., 87, 1, 401, semblerait impliquer une nouvelle réserve, et presque une exception, au principe de la nullité des sociétés entre époux. Voy. § 504, note 7 *ter*. Enfin, on soulèvera au § 385 *bis* la question de savoir si et dans quelle mesure le principe de la nullité des sociétés entre époux conduit à la nullité des associations entre époux. Quant aux difficultés que le principe de la nullité des sociétés entre époux serait de nature à soulever dans l'ordre du conflit des lois, nous serions portés à les résoudre par application de la loi qui régit la liberté et l'immutabilité des conventions matrimoniales. Voy. § 504 *ter*, texte et note 1.]

[1] *quater*. Montpellier, 20 avril 1891, Sir., 1892, 2, 76.]

parties, dans le but de constituer un fonds commun [1 *quinquies*].

Les mises peuvent consister, soit en quelque industrie, soit dans la propriété ou la simple jouissance de biens corporels ou incorporels quelconques [1 *sexies*], dans le but qui vient d'être indiqué [1 *septies*], pourvu que ces biens présentent une valeur appréciable en argent [1 *octies*]. L'influence ou le crédit d'une personne ne peuvent, à eux seuls, former une mise sociale[2]. Art. 1833, al. 2. Du reste, il n'est pas nécessaire que les mises des différents associés soient de même nature.

La convention par laquelle des personnes qui déclarent s'associer, attribueraient à l'une d'elles une portion d'intérêt, sans qu'elle fût tenue de faire aucune mise,

[1 *quinquies*. C'est principalement la nécessité d'un apport à fournir par chacun des associés qui distingue la société de l'association en participation (cpr. Civ. rej., 13 avril 1886, Sir., 1887, 1, 481, en matière fiscale), ou des combinaisons analogues (par exemple celle que fournit la situation d'un employé intéressé : Lyon, 23 janvier 1891, sous Civ. rej., Sir., 1893, 1, 299.]

[1 *sexies*. Cpr. comme exemple Cass. 16 avril 1872, Sir., 1872, 1, 229 (apport par une société qui fusionne avec une autre, d'un marché de fournitures passé par la première et ainsi valablement cédé à la seconde). Il suffirait même, aujourd'hui, que les associés apportassent à la société qu'ils fondent leurs droits dans une simple association préexistante en participation, et en évaluent le capital à une somme déterminée représentée par des actions, la société nouvelle ayant pour objet le recouvrement et la défense des droits de la participation. Voy. au point de vue fiscal, Req., 15 avril 1902, Sir. 03, 1, 289. Cpr. la note 1 *bis supra in fine*.]

[1 *septies*. Il suit de là, notamment, que la somme versée à un associé par un tiers, avec stipulation que celui-ci ne recevra aucun intérêt, mais seulement un tantième des bénéfices à réaliser par la société, peut être considérée, en fait, comme ayant été versée à titre d'apport, et non pas de prêt. Req. 20 déc. 1893, Sir., 1894, 1, 484 (prêt dissimulé sous forme de société). Voy. encore, pour une hypothèse plus complexe, Paris, 17 juin 1901, Sir., 01, 2, 304. et Req. (mêmes parties), 3 mars 1903, Sir., 03, 1, 344 (société dissimulée sous forme de prêt).]

[1 *octies*. Voy. comme exemple Cass., 6 février 1872, Sir., 1872, 1, 8. Cpr. Tribunal de Besançon, 10 juillet 1902, sous Besançon, 27 mars 1903, Sir. 1904, 2, 89.]

[2] *Discussion au Conseil d'Etat. Exposé de motifs*, par Treilhard, et *Discours* de Gillet (Locré, *Lég.*, XIV, p. 490, n° 4, p. 522, n° 9, p. 550, n° 6). Troplong, I, 114 et 115. Duvergier, n°s 18 à 20. Voy. cep. Duranton, XVII, 218 ; Zachariæ, § 377, note 2.

constituerait, relativement à cette dernière, non une société, mais un acte de libéralité, dont les effets se détermineraient d'après les règles générales qui régissent les donations entre vifs[3]. Il en serait ainsi, lors même que la personne dispensée de l'obligation de fournir un apport se serait engagée à contribuer aux pertes, dans le cas où il y en aurait. Art. 1833, al. 2.

3° Un fonds commun créé [3 *bis*] avec intention de le faire valoir, et de partager les bénéfices qui résulteront des opérations [3 *ter*] faites à l'aide de ce fonds [3 *quater*].

Cette intention surtout caractérise le contrat de société, tel qu'il est défini et réglé par le Code Napoléon[4].

Ainsi, les assurances mutuelles et les tontines ne sont pas de véritables sociétés[5]. [On peut citer, dans le même

[3] Une pareille convention constitue une donation de biens présents. C'est à tort que Pothier (n° 8) y voit une donation de biens à venir, et ne la considère comme valable qu'autant qu'elle est faite par contrat de mariage. Delvincourt, III, p. 219. Duranton, XVII, 324. Pardessus. *Cours de droit commercial*, IV, 983.

[3 *bis*. Voy. cep. pour une hypothèse spéciale : Cass., 28 mars 1892, Sir., 1893, 1, 461 (biens maternels et biens de communauté, affectés, avant la dissolution du mariage, à une entreprise industrielle, et laissés en commun par les enfants, après le décès de la mère, dans les mains du père qui en conserve la gérance).]

[3 *ter*. Cette formule exclut les avantages résultant de la jouissance en commun, des produits naturels du sol. Pau, 29 janvier 1900, sous Cass., 30 juillet 1901, Sir. 1905, 1, 502. C'est contre des solutions de ce genre qu'on peut argumenter de l'art. 1841. Voy. la note 1 *bis suprà*.]

[3 *quater*. S'agissant d'opérations faites à l'aide du fonds commun, cela suppose nécessairement, semble-t-il, une exploitation commune de ce fonds. Cpr. cep. Cass., 27 nov. 1905, Sir., 1906, 1, 468 (fiscal).]

[4] Civ. cass., 22 novembre 1852, Sir., 53, 1, 73.

[5] Les assurances mutuelles, dans lesquelles chacun des associés s'engage à supporter son contingent des sinistres que pourront éprouver les autres, n'offrent, ni l'espoir, ni la possibilité de bénéfices. [Cass., 16 août 1870, Sir., 1871, 1, 15. Cpr. Cass., 6 mars 1899, Sir., 1900, 1, 33.] Les tontines, dont l'unique objet est de faire profiter les survivants des mises fournies par les prémourants, sont exclusives de toute idée de partage de bénéfices. Delangle, I, 3. Bravard, *Manuel de droit commercial*, p. 41. Cpr. Req. rej., 5 juillet 1829, Sir., 29, 1, 315. [Voy. en sens contraire, pour les assurances mutuelles, mais au point de vue fiscal seulement : Trib. de Lyon, 13 déc. 1899, Sir., 01, 2, 183. D'ailleurs, on ne confondra pas les assurances mutuelles visées au texte, avec les sociétés qui, n'ayant pas pour

ordre d'idées, le cas d'une caisse rurale créée en vue de procurer à ses membres le crédit nécessaire pour leur exploitation, mais dont les associés ne font aucun versement et ne reçoivent aucun dividende [5] *bis*. Il en serait de même de l'acte par lequel l'adjudicataire d'une entreprise publique de transports cèderait à un tiers une partie de son marché, avec partage de la subvention accordée par l'administration [5] *ter*.]

Ainsi encore, le contrat par lequel les copropriétaires d'une usine conviennent de l'exploiter privativement, chacun à leur tour, pendant une période de temps déterminée, ne présente pas les caractères d'une société [6]. Il en est de même du contrat par lequel deux voisins conviennent, soit de faire construire ensemble un mur, pour y appuyer leurs constructions, soit d'acheter en commun un terrain pour se ménager la vue, ou se procurer un lieu de promenade [7].

unique objet la répartition des pertes entre les associés, se livreraient en outre, dans les conditions prévues par leurs statuts, à de véritables opérations commerciales. Ces sociétés-là seraient de vraies sociétés, et même, dès avant la loi du 1er août 1893, des sociétés commerciales. Req., 23 oct. 1889, Sir., 1892, 1, 63. — On écartera pareillement de la discussion que la présente note a pour objet une série de décisions judiciaires qui semblent reconnaître en principe, aux assurances mutuelles, contrairement à la proposition formulée au texte, le caractère de sociétés proprement dites. En réalité, ces arrêts ne qualifient de sociétés *civiles* ces groupements de personnes, que pour écarter le caractère commercial des opérations auxquelles ils se livrent. Req. 15 juillet 1884, Sir., 1885, 1, 348. Paris, 18 déc. 1885, 1 février et 20 avril 1886, Sir., 1887, 2, 121, note Lyon-Caen. Req. 23 oct. 1889, Sir., 92, 1, 63. Paris, 18 février 1890, Sir., 92, 2, 316. Cpr. Gaudemet, note sous l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 25 avril 1910, Sir., 1913, 1, 481.]

[5 *bis*. Cass., 4 août 1909, Sir., 10, 1, 393, note Wahl.]

[5 *ter*. Rouen, 15 mai 1880, sous Cass., 28 déc. 1880, Sir. 2, 1, 99.]

6 Req. rej., 4 janvier 1842, Sir., 42, 1, 231. Voy. aussi : Req. rej. 4 juillet 1826, Dalloz, 1826, 1, 403.

7 M. Troplong (I, 12 à 14) enseigne cependant le contraire, en se fondant sur la loi 52, § 13, D. *pro socio* (17, 2), et sur cette idée que les avantages, parfaitement appréciables en argent, que les parties se proposent de retirer de pareilles conventions, constituent de véritables bénéfices. Cette opinion, exacte sans doute en Droit romain, au point de vue de l'action compétant à chacun des communistes, nous paraît inconciliable avec les restric-

[A plus forte raison, et dans un ordre d'idées différent, la convention par laquelle une personne s'oblige à verser à un tiers des fonds dont le remboursement lui sera fait à une époque déterminée, ne saurait être considérée comme un contrat de société, encore bien qu'il ait été stipulé que cette personne recevrait, indépendamment des intérêts de ses fonds, une portion des bénéfices réalisés, tout en restant affranchie de toute contribution aux pertes[7] *bis*.]

La communauté d'intérêts que suppose toute société oblige virtuellement et nécessairement les divers associés à supporter une part des pertes qui pourront résulter des opérations sociales, tout comme elle les appelle à participer aux bénéfices.

La clause qui attribuerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, et celle qui affranchirait [ou qui tendrait à affranchir[7] *ter*] de toute contribution aux pertes, les objets apportés par l'un ou par l'autre des associés, seraient nulles[8], et entraîneraient la nullité du contrat

tions ou précisions contenues dans la définition donnée par l'art. 1832. En Droit romain, il y avait lieu à l'action *pro socio*, toutes les fois que, dans un but quelconque d'utilité réciproque, deux personnes étaient convenues d'avoir quelque chose en commun, et d'en maintenir l'indivision pendant un temps plus ou moins long. Mais, aux termes de l'art. 1832 il n'y a de vraie société que celle qui a pour but la réalisation de bénéfices à partager ; et ce serait, ce nous semble, faire violence à la langue, que d'appeler *bénéfices* des avantages de la nature de ceux que les conventions indiquées au texte sont destinées à procurer. Ces avantages, d'ailleurs, ne sont pas à partager entre les parties, chacune d'elles étant appelée à en jouir privativement. [Voy. dans le sens de la formule donnée au texte, pour un exemple analogue à ceux que nous y avons relevés : Cass., 27 juillet 1880, Sir., 81, 1, 245.] Cpr, pour l'ensemble de la question la note 1 *bis suprà*.]

[7 *bis*. Cass., 8 janvier 1872, Sir., 1872, 1, 36.]

[7 *ter*. Sauf discussion de fait sur ce point. Cpr. Cass., 9 juillet 1885, Sir., 88, 1, 477. Cass., 5 déc. 1887, Sir., 90, 1, 467. Cass., 20 déc. 1893, Sir., 94, 1, 484.]

[8] Le texte précis de l'art. 1855 doit faire rejeter aujourd'hui l'opinion de Pothier (n° 20), qui, d'après la L. 29, § 1, D. *pro soc.* (17, 2), considère comme valable la clause affranchissant de toute contribution aux pertes, les objets apportés par l'un des associés, dans le cas où celui-ci confère à la société quelque avantage particulier, avec lequel la dispense de contribution aux pertes peut se compenser. Ce texte ne permet pas non plus de regarder comme valable, ainsi que le fait Pothier (*loc. cit.*), la clause par

de société tout entier[9]. Art. 1855. La promesse par laquelle le gérant d'une société garantirait à l'un des associés qu'il n'éprouvera aucune perte, tomberait également sous l'application de l'art. 1855[10]. [Il en serait de même de tout engagement, antérieur à la dissolution de la société [10] *bis*, qui aurait, en définitive, le même résultat, dans quelques conditions, pour quelque durée et par quelque associé qu'il eût été pris [10] *ter*.]

Que si la société, conclue sous de pareilles clauses, avait de fait, fonctionné, les droits respectifs des parties devraient être liquidés, conformément à l'art. 1853, considéré comme énonçant une règle d'équité, applicable à toute espèce de communauté, [réserve faite de la convention contraire[10] *quater*.]

Mais rien n'empêche les parties de s'écarter plus ou moins, dans la fixation de leurs parts respectives aux profits ou aux pertes, des bases de répartition établies par l'art. 1853, pourvu que leurs conventions à cet égard ne contreviennent ni ouvertement ni d'une manière indirecte, aux dispositions de l'art. 1855.

laquelle deux personnes, qui apportent une mise égale, conviennent que l'une d'elles aura les trois quarts dans les bénéfices, et sera d'un autre côté chargée seule de toute la perte. Cpr. Duranton, XVII, 417 et 418.

[9] Il est vrai que l'art. 1855 ne prononce directement que la nullité des clauses qu'il prohibe, sans s'occuper de l'influence de cette nullité sur le contrat de société. Mais il ne serait pas exact de conclure de son silence à cet égard, par une sorte d'argument *a contrario*, que le contrat lui-même doit être maintenu. En effet, les diverses stipulations dont se compose l'acte de société sont, d'après l'intention commune des parties, à considérer comme formant un tout indivisible ; et il ne serait ni équitable ni juridique de retenir dans les liens de la société, pour tout le temps convenu, l'associé au profit duquel auraient été stipulées des clauses de la nature de celles que l'art. 1855 frappe de nullité, tout en le privant du bénéfice de ces clauses. L. 29, § 2, D. *pro socio* (17, 2). Duranton, XVII, 422. Duvergier, n° 277. Troplong, II, 662. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 223 ; Zachariæ, § 377, texte et note 4. [Paris, 17 juin 1901, Sir., 1901, 2, 304.]

[10] Req. rej., 16 janvier 1867, Sir., 67, 1, 173.

[[10] *bis*. Cass., 23 mai 1900, Sir., 1900, 1, 488.]

[[10] *ter*. Cass., 14 juin 1882, Sir. 82, 1, 423 (hypothèse de société en commandite). Cass., 11 juillet 1894, Sir., 94, 1, 452.]

[[10] *quater*. Req., 11 nov. 1873, Sir., 1874, 1, 434.]

Ainsi, on peut valablement convenir que l'un des associés recevra dans les bénéfices, ou supportera dans les pertes, une part qui ne se trouve pas en proportion exacte avec sa mise [11].

Il est également permis de stipuler que l'un des associés supportera dans les pertes une part plus considérable ou moindre que celle qui lui est attribuée dans les bénéfices [12]; que l'associé qui n'apporte que son industrie sera affranchi de toute obligation de contribuer sur son patrimoine au règlement des pertes [13]; ou que l'un des associés ne contribuera pas aux dettes qui resteront à payer après la perte de tout le fonds social [14].

Enfin, rien n'empêche de stipuler que l'un des associés sera privé de sa part dans les bénéfices pour le cas où, par son fait, les dépenses dépasseraient une somme déterminée [15].

[Du reste, les statuts d'une société ne sont, en général, que des conventions privées, dont l'interprétation appartient exclusivement aux juges du fond [15 *bis*.]

A la différence des sociétés commerciales, les sociétés civiles ne forment pas des personnes morales ou juridiques, ayant une existence propre et distincte de la personnalité individuelle des associés [16], à moins

[11] Maleville, sur l'art. 1855. Duranton, XVII, 417. Zachariæ, § 377, texte et note 5. [Cass., 11 nov. 1873, Sir., 74, 1, 434.] — Cependant la clause qui n'attribuerait à l'un des associés qu'une part tellement petite aux bénéfices, ou qui ne le chargerait que d'une part si minime aux pertes, qu'il fût évident que les parties ont voulu, en l'établissant, éluder la disposition de l'art. 1855, devrait être annulée, comme faite en fraude de cette disposition. Cpr. Civ. cass., 17 avril 1837, Sir., 37, 1, 275. [Cpr. encore Trib. de comm. de Troyes, 19 mars 1900, Sir. 1901, 2, 254.]

[12] Cpr. art. 1811, al. 3; et § 376.

[13] *Discours du tribun Gillet au Corps législatif* (Locré, *Lég.*, XIV, p. 553, n° 19). Zachariæ, § 377, *loc. cit.*

[14] Cpr. Maleville et Delvincourt, sur l'art. 1855 ; Duranton, XVII. 418 et suiv.

[15] C'est là une clause pénale, parfaitement licite. Req. rej., 16 nov. 1858, Sir., 59, 1, 382.

[15 *bis*. Cass., 25 nov. 1872, Sir., 1873, 1, 385. Cass., 25 oct. 1905, Sir., 1906, 1, 40.]

[16] Nos auteurs modernes se prononcent pour la plupart contre cette manière de voir, en se prévalant principalement de quelques textes de

qu'elles n'aient été établies et qu'elles ne fonctionnent sous l'une des trois formes propres au com-

Droit romain (L. 22, D. *de fidej. et mand.* 46, 1; L. 3, § 4, D. *de bon. poss.* 37, 1 : L. 65, § 11, D. *pro soc.* 17, 2), et de divers articles du Code dans lesquels la société, opposée aux divers associés considérés chacun pour soi, figure, comme propriétaire, comme créancière, et comme débitrice (art. 1845, 1846, 1848, 1849, 1851, 1852, 1859 et 1867). Aux textes du Droit romain cités par ces auteurs, on peut en opposer d'autres qui nous paraissent beaucoup plus concluants. Voy. L. 1, D. *de coll. et corp.* (47, 22); L. 13, § 1, D. *de præscrip. verb.* (19, 5) ; L. 13, D. *pro soc.* (17, 2) ; L. 3, C. *de commun. rer. alien.* (4, 52) ; L. 1, D. *quod cujus univers.* (3, 4). Cette dernière loi surtout prouve jusqu'à l'évidence que ce n'était que par exception, et en vertu d'une concession spéciale, que certaines sociétés, telles que celles pour la perception des impôts ou l'exploitation des mines, jouissaient du privilège de constituer des personnes morales. Quant au terme *société*, employé dans les articles ci-dessus indiqués du Code Napoléon, il faut, pour en saisir le véritable sens, distinguer ce qui n'est que simple image, forme plus commode ou plus abrégée du langage, de ce qui tient au fond et à la substance même des choses. Dans toute société il peut y avoir opposition entre les intérêts individuels de chaque associé et les intérêts communs de tous les associés pris collectivement. C'est uniquement pour désigner ces intérêts communs que la loi se sert du mot *société*. Ce qui le démontre c'est que ce mot ne se retrouve que dans les dispositions légales qui statuent sur les rapports respectifs des associés les uns à l'égard des autres, et disparaît, pour faire place à celui d'*associés*, dans les art. 1862 à 1864, qui s'occupent des engagements des associés à l'égard des tiers. Il existe d'ailleurs, dans notre titre même, diverses dispositions qui repoussent, pour les sociétés civiles, toute idée de personnalité juridique. Tel est l'art. 1849, qui suppose que les créances sociales sont, même pendant la durée de la société, divisées de fait entre les divers associés ; ce qui serait inadmissible, si la propriété de ces créances résidait, ainsi que cela a lieu dans les sociétés commerciales, sur la tête de la société considérée comme personne morale. Les art. 1862 et 1863 sont plus péremptoires encore : Il en résulte, d'un côté, que le créancier d'une dette sociale ne peut demander à chaque associé que sa part dans la dette, et qu'il n'est pas admis à refuser une part distincte qui lui serait offerte par l'un des associés ; ce qui ne saurait avoir lieu, si le créancier avait pour débitrice la société comme personne morale, puisque, dans cette hypothèse, on retomberait sous l'application des art. 1220 et 1244. D'un autre côté, l'art. 1863 accorde au créancier d'une dette sociale, une action directe et principale contre chacun des associés personnellement. Or, une pareille action pourrait-elle appartenir au créancier, s'il avait pour débitrice la société comme personne morale? N'est-il pas évident que, dans cette supposition, il ne jouirait, ainsi que cela a effectivement lieu dans les sociétés commerciales, que d'un recours subsidiaire contre les associés? Voy. Delangle, I, 263. Enfin l'argument *a contrario* que four-

merce [17]. [Cette opinion traditionnelle nous paraît devoir être encore maintenue [17] *bis*]. Cette proposition conduit, entre autres, aux conséquences suivantes :

La propriété des objets composant [par leur titre d'acquisition [17] *ter*] le fonds commun, réside sur la tête des divers associés, qui sont, chacun individuellement, copropriétaires de ces objets, dans la proportion de leurs mises. Chaque associé peut donc, sauf les effets du partage, hypothéquer, pendant la durée de la société, sa part indivise dans les immeubles communs [[17] *quater*].

La part de chaque associé dans une société dont le fonds commun comprend des immeubles, constitue, en

nissent les art. 529 du Code Napoléon, et 69, n° 6 du Code de procédure, vient encore corroborer notre système. Cpr. à cet égard, notes 18 et 19 *infra*. Voy. en ce sens : Vincens, *Législation commerciale*, I, 97 ; Fremery, *Etudes de droit commercial*, p. 30 ; Thiry, *Dissertation*, *Revue critique*, 1854, V, p. 412, et 1855, VII, p. 289 ; Demangeat, sur Bravard, *Traité de droit commercial*, I, p. 174, note 1re. Voy. en sens contraire : Pardessus, *Droit commercial*, IV, 975 et 976 ; Proudhon, *De l'usufruit*, IV, 2065 ; Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, II, p. 464 ; Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, III, 2753 ; Toullier, VI, p. 383 ; Delangle, I, 14 et suiv. ; Troplong, I, 58 ; Duvergier, nos 141, 381 et suiv. ; Larombière, *Des obligations*, III, p. 620, n° 6 ; Bravard, *op. cit.*, I, p. 170 et suiv. ; Civ. cass., 9 mai 1864, Sir., 64, 1, 239.

[17] Cpr. § 54 texte et notes 20 à 22, 27 et 28.

[[17] *bis*. La Chambre des Requêtes de la Cour de cassation, dans deux arrêts retentissants du 23 février 1891, Sir., 92, 1, 73 (note Meynial) et du 2 mars 1892, Sir., 92, 1, 497 (note Meynial), a expressément consacré la doctrine contraire. Cpr. notes 17 *bis* et 20 *infra*. La note de M. Meynial sous le premier de ces arrêts relève avec beaucoup de soin les précédents, d'ailleurs très flottants, de cette jurisprudence, et montre qu'il ne suffit pas, pour la justifier, de solliciter en ce sens les textes du Code civil : il faut les lire avec une prévention systématique. La seconde note de M. Meynial, sous l'arrêt du 2 mars 1892, complète la démonstration, en rattachant la doctrine de la limitation de la personnalité civile aux sociétés commerciales à l'histoire de la formation et du développement de la notion de la personnalité civile dans notre ancien droit. Si cette jurisprudence se maintient, il faut souhaiter, avec M. Hayem, *Etudes sur les sociétés civiles*, n° 282, qu'une réforme législative intervienne, pour leur imposer, comme condition d'acquisition de la personnalité civile, la publicité de leurs statuts.]

[[17] *ter*. Cpr. Req., 29 déc. 1885, Sir., 87, 1, 311.]

[[17] *quater*. Voy. précisément en sens contraire l'arrêt de la Chambre des requêtes du 23 février 1891, cité à la note 17 *bis supra*.]

ce qui concerne ces immeubles, un droit immobilier [18]. Ainsi, cette part ne tombe pas dans la communauté légale ; et, d'un autre côté, elle serait comprise dans un legs de tout ou partie des immeubles.

Les associés doivent figurer, en nom propre et individuel, dans les instances relatives aux affaires sociales. Ils ne seraient pas à considérer comme ayant été dûment représentés par l'associé administrateur, qui aurait seul figuré dans les actes de la procédure [19].

[18] Cela revient à dire, en d'autres termes, que l'art. 529 du Code Napoléon ne s'applique pas aux parts des associés dans les sociétés civiles ordinaires, c'est-à-dire dans les sociétés dont les opérations ne présentent par le caractère d'actes de commerce, et qui d'ailleurs n'ont pas été organisées pour fonctionner sous la forme commerciale. Il ressort du texte même de l'art. 529, qui ne parle pas des sociétés en général, mais seulement *des compagnies* de commerce, de finance, ou d'industrie, et de la discussion au Conseil d'État, que la règle énoncée dans cet article est étrangère aux sociétés civiles ordinaires. Cpr. Locré, *Lég.*, VIII, p. 36 et 37, n° 22.

[19] Arg. *a contrario*, art. 69, n° 6, du Code de procédure. Req. rej., 8 novembre 1836, Sir., 36, 1, 811. Cpr. aussi : Req. rej. 11 novembre 1829, Sir., 30, 1, 37 ; Civ. cass., 26 mai 1841, Sir., 41, 1, 483 ; Crim. cass., 21 juillet 1851, Sir., 54, 1, 489. [Nancy, 18 mai 1872, Sir., 72, 2, 197. Trib. de Langres, 9 nov. 1887, Sir. 88, 2, 119 (société de chasse). Douai, 25 janvier 1899, Sir., 1900, 2, 25 (société de chasse).] Le premier de ces arrêts, quoique portant que la société civile constitue, comme la société de commerce, un *être moral*, ne paraît cependant pas avoir pris ces dernières expressions dans leur acception rigoureuse. Autrement, il présenterait une palpable contradiction, en ce que, d'une part, il aurait reconnu l'existence d'une personne juridique, et aurait, d'autre part, refusé d'admettre que cette personne pût être valablement représentée en justice par son administrateur. [La Cour de cassation a considéré autrefois les sociétés de chasse, sur lesquelles sont intervenues les deux dernières décisions judiciaires précitées, comme constituant des personnes civiles. Voy. Crim. cass., 18 nov. 1865, Sir., 66, 1, 415. On ne confondra pas l'hypothèse sur laquelle sont intervenus les arrêts cités au cours de la présente note, avec celle, toute différente, où les administrateurs de la société (ou association) auraient reçu, dans les statuts, mandat d'agir au nom personnel de ceux des associés du chef desquels la société (ou association) tirerait des droits, le nom des administrateurs ne figurant dans l'instance qu'avec la mention du mandat de la diligenter. Voy. sur cette hypothèse, Douai, 11 juillet 1882, Sir., 83, 2, 19 et la note de M. Labbé, qui explique d'ailleurs très bien que la société poursuivante, qualifiée par l'arrêt de société civile par opposition aux sociétés commerciales (cpr. § 377, note 5, *in fine*), n'est même pas une véritable société au sens

Mais les tiers qui ont des intérêts à débattre avec la société ne sont pas obligés d'assigner tous les associés ensemble. Ils peuvent diriger leur action contre quelques-uns d'entre eux seulement, sauf à ne provoquer de condamnation contre chacun d'eux que pour sa part et portion virile [20].

[A supposer que l'une quelconque des conditions d'existence de la société, qui ont été indiquées plus haut, ait fait défaut, et que les parties se soient comportées, les unes vis-à-vis des autres, comme des associés, pendant un temps plus ou moins long avant que la nullité de la société fût proclamée, et qu'elles aient agi, dans les mêmes conditions, vis-à-vis des tiers, en cette qualité, la rétroactivité de la nullité au jour de la constitution de la prétendue société n'empêcherait pas que les parties ne dussent être, à certains égards, traitées comme des associés, à raison du fonctionnement de fait de la société dissoute [20 *bis*.]]

civil du mot. Crim. rej., (mêmes parties) 16 février 1884, Sir., 85, 1, 188. Cpr. l'arrêt précité de la cour de Douai, du 25 janvier 1899, où le mandat susvisé se présentait dans des termes tout à fait différents. — Nous réservons d'ailleurs, bien entendu, dans toute la discussion que la présente note a pour objet, l'hypothèse toute différente où il s'agirait d'une société (ou association) instituée avec le concours de l'autorité publique, et soumise, pour son existence et son fonctionnement, à des règlements ministériels. Voy. comme exemple : Civ. cass., 25 mai 1887, Sir., 88, 1, 161, note critique de M. Lyon-Caen sur l'application de cette formule.]

[20] Civ. rej., 29 juin 1853, Sir., 55, 1, 495. [L'arrêt de la Cour de cassation du 2 mars 1892, cité à la note 17 *bis supra*, a décidé au contraire, en admettant la personnalité morale de la société civile, que l'appel interjeté contre elle est régulièrement notifié par une copie unique à l'avoué de ladite société, quel que soit le nombre des associés.]

[[20] *bis* Voy. § 37, texte et note 21. Voy. comme application texte et note 10 *quater supra*. L'expression, d'ailleurs assez impropre, de *Sociétés de fait*, est aujourd'hui couramment reçue dans la pratique. Voy. sur cette matière la monographie de M. Hémard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, Paris, 1912, 8°. Cpr. Planiol III[6], n° 1986 *bis*. L'étude du régime des sociétés de fait ne rentre dans le droit civil qu'autant que la nullité qu'on envisage est une nullité de droit commun, résultant, soit d'un vice commun à tous les contrats, soit d'un vice propre au contrat de société lui-même, en tant qu'il est réglementé par le droit civil. S'il s'agit d'une nullité due à l'inobservation des règles relatives à

§ 378.

De la forme du contrat de société ; de son objet ; et des conditions requises pour rendre opposables aux tiers les conventions concernant les apports respectifs des associés.

1° Ce contrat peut être conclu verbalement, aussi bien que par écrit[1]. La disposition de l'art. 1834, qui

la constitution légale des sociétés commerciales, la matière est étrangère au droit civil, et nous n'avons pas à en parler. La monographie précitée de M. Hémard est plus particulièrement consacrée à l'étude de cette seconde catégorie de nullités. Quant aux nullités qui relèvent du droit civil, une distinction s'impose entre le cas où la nullité tient au caractère illicite de l'objet de la prétendue société et le cas contraire. Voy. sur la première hypothèse § 378, texte et notes 8 et 9. Voy. sur la seconde, pour le cas où l'apport de l'un des associés ne comporterait pas sa mise en société, § 378, texte et note 5, pour le cas où une clause du contrat de société, interdite par la loi, entraînerait la nullité du contrat, le présent §, texte à la note 10; enfin, pour le cas où la prétendue société aurait été formée entre personnes qui ne peuvent s'associer entre elles, le présent §, texte et note 1 *ter*. On s'accorde en général, dans ces différents cas, à traiter les rapports des associés entre eux et même ceux des associés avec les tiers, tout au moins jusqu'au jour où la nullité de la société est prononcée, comme si cette société avait été régulière. Voy. not. Lyon, 19 juillet 1898, Sir., 01, 2, 257. C'est une formule dont il ne faudrait pas trop presser les termes, parce qu'il en résulterait, depuis la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation sur la personnalité des sociétés civiles (voy. texte et note 17 *bis supra*) que la société de fait est douée, dans la même mesure et pour la même période, notamment quant à la question prévue § 383, texte et note 7, de la personnalité civile, comme beaucoup de jurisconsultes admettent que cela se produit pour les sociétés commerciales dont la nullité tient à l'inobservation d'une règle propre aux sociétés commerciales (Voy. Hémard, *op. cit.*, p. 416 et suiv.). Ce qui ne laisserait pas que de paraître excessif pour les sociétés civiles, tout au moins si l'on songe à l'hypothèse où il s'agirait d'une société entre époux, qui revêtirait ainsi la personnalité civile qui n'est pas attribuée à la communauté elle-même. Voy. § 505, note 2. On terminera cette note sur les sociétés de fait en rappelant que les règles de la loi du 1er juillet 1901, sur la liquidation des congrégations dissoutes, diffèrent beaucoup des règles de la société de fait qui viennent d'être indiquées. Voy. not. Civ. rej. 26 juillet 1905, Dalloz, 06, 1, 136. Planiol, II[e], n° 2035.]

[1] Le Code Napoléon ne reconnaît plus les communautés universelles tacites (*sociétés taisibles*), qui, dans plusieurs coutumes, se formaient, de plein droit, entre certaines personnes, par suite de la vie à *pot commun*,

prescrit la rédaction par écrit des contrats de société dont l'objet[2] dépasse la somme ou la valeur de cent cinquante francs, doit être considérée comme un simple développement de l'art. 1341, et comme ayant pour but, non de soumettre à la rédaction d'un acte instrumentaire la validité des contrats de société, mais seulement d'en proscrire [dans les rapports des parties entre elles[2 *bis*]] la preuve testimoniale, en dehors des cas d'exception établis par les art. 1347 et 1348, n° 4 [3].

pendant l'an et jour. Merlin, *Rép.*, v° Communauté tacite. Duranton, XVII, 349. Zachariæ, § 378, note 1re *in fine*. Cpr. Rennes, 19 décembre 1833, et Paris, 19 août 1851, Sir., 52, 2, 209. Voy. cep. en ce qui concerne les associations fromagères : Besançon, 12 mars 1867, Sir., 67, 2, 281, et les autres décisions citées dans la note qui accompagne cet arrêt. [Cpr. Cass., 12 juin 1876, Sir., 76, 1, 371. Lyon, 1 déc. 1898, Sir., 99, 2, 265. Chambéry, 24 déc. 1906, Sir., 07, 2, 293.]

[2] On doit entendre par les termes *objet de la société*, la valeur de toutes les mises réunies, et par conséquent rejeter ou admettre la preuve testimoniale d'une société conclue verbalement, selon que cette valeur dépasse ou qu'elle ne dépasse pas cent cinquante francs. Quant aux bénéfices et aux pertes, chaque associé est admis, quelle qu'en soit l'importance, à les prouver par témoins, dès que l'existence de la société elle-même est légalement constatée. Troplong, I, 202. Bravard, *Manuel de droit commercial*, p. 43 et 44. Zachariæ, § 378, texte et note 2. Turin, 24 mars 1807, Sir., 7, 2, 641. — MM. Delvincourt (sur l'art. 1834) et Duranton (XVII, 343) professent une opinion contraire. Selon ces auteurs, les termes *objet de la société* s'appliqueraient au montant de la demande formée par une personne qui réclame une part, soit dans le fonds commun, soit dans les bénéfices d'une société qu'elle prétend exister. Mais cette interprétation nous paraît aussi contraire au sens naturel des expressions dont s'agit, et à l'ensemble de l'art. 1834, qu'aux principes généraux en matière de preuve testimoniale.

[[2] *bis*. Req. 21 mai 1878, Sir., 79, 1, 175. Civ. cass., 25 oct. 1909. Sir. 09, 1, 560. Cpr. note 3 *infra*.]

[3] Cpr. art. 1866 ; § 306, note 6. Delvincourt, III, p. 219. Duranton, XVII, 336. Favard, *Rép.*, v° Société, chap. I, sect. I, § 1, n° 2. Duvergier, I, 66. Troplong, I, 200. Delangle, II, 507. Zachariæ, § 378, texte et note 3. Paris, 17 avril 1807, Sir., 7, 2, 1204. Turin, 10 avril 1811, Sir., 13, 2, 352. Bruxelles, 28 juin 1840, Sir., 14, 2, 93. Civ. rej., 12 décembre 1825, Sir., 26, 1, 284. Nancy, 17 janvier 1829, Sir., 29, 2, 124. Civ. rej. 19 juillet 1852, Sir., 53, 1, 33. Civ. rej., 18 février 1858, Sir., 58, 1, 46. — Le Code de commerce exige l'écriture comme une condition de la validité, dans les rapports des associés entre eux, de toute société commerciale proprement dite. Code de commerce, art. 39 et 41 cbn. art. 42. Mais la nullité résul-

2° Les choses qui ne sont pas susceptibles d'être vendues ou louées, ni, par suite, d'être mises en commun, telles, par exemple, qu'un office ministériel, ne peuvent pas former l'objet d'un contrat de société [4]. Une société contractée pour l'exploitation d'un pareil office est à considérer comme non avenue, en ce sens qu'aucune des parties ne peut être contrainte de demeurer dans la situation créée par cette convention. Mais si le contrat avait été exécuté, les intérêts des parties devraient être liquidés, en profits ou en pertes, d'après les conventions arrêtées entre elles [5].

Une société contractée dans la vue de faire des opé-

tant de l'inobservation de cette condition ne peut être opposée aux tiers, qui sont même autorisés à prouver par témoins l'existence d'une société commerciale proprement dite. Pardessus, *Cours de droit commercial*, IV, 1007 et suiv. Rouen, 6 avril 1811, Sir., 12, 2, 33. Req. rej., 29 novembre 1812, Sir., 16, 1, 171. [Cass., 16 avril 1909, Sir., 09, 1, 388.] — Voy. en ce qui concerne les associations commerciales en participation : Code de Commerce, art. 47 à 49.

[4] Cpr. § 344, texte, note 7 et 9. [Voy. not. pour les courtiers maritimes, Rennes, 19 janvier 1881, Sir., 81, 2, 181. Rennes, 15 avril 1886, Sir., 86, 2, 213.] Voy. cependant en ce qui concerne les charges d'agents de change : Loi du 2 juillet 1862, et § 344. [Cpr. pour la validité de la mise en société d'un poste de vente aux Halles, depuis la loi du 11 juin 1896, Req. 30 avril 1900, Sir., 04, 1, 333.]

[5] Si l'exploitation en commun d'un office ministériel n'est pas susceptible de faire l'objet d'une convention obligatoire pour les parties, ce n'est pas à dire pour cela que les stipulations relatives au partage des bénéfices réalisés, ou des pertes subies, jusqu'au moment où a cessé de fait toute communauté d'intérêts entre les parties, ne doivent recevoir leur exécution, lorsque d'ailleurs elles ne présentent en elles-mêmes rien d'illicite. Civ. rej., 24 août 1841, Sir., 42, 1, 68. Lyon, 9 décembre 1850, Sir., 50, 2, 634. Req. rej., 15 décembre 1851, Sir., 52, 1, 21. Paris, 10 mai 1860, Sir., 60, 2, 465. Req. rej., 16 août 1861, Sir., 65, 1, 23. [Pau, 8 juin 1891, Sir., 94, 2, 127.]. Cpr. Civ. cass., 15 janvier 1855, Sir., 55, 1, 257. [La règle posée au texte s'appliquerait pareillement à l'hypothèse de la mise en société d'un fonds de commerce, dont l'exploitation, réglementée par la loi, suppose, dans la personne de l'exploitant, certaines conditions d'aptitude que ne remplirait pas l'un des associés. Civ. cass. 15 nov. 1876, Sir., 77, 1, 109.] — Voy. en sens contraire de la règle posée au texte : Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, I, 65 ; Troplong, I, 105 ; Duvergier, n° 25 et suiv. ; Delangle, I, 102 ; Bédarride, *Des sociétés*, n°s 26 et 27; Bournat, *Revue pratique*, 1860, X, p. 289 et suiv., n°s 88 et suiv. ; Paris, 4 février 1854, Sir., 54, 2, 148.

rations prohibées par la loi, ou contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, doit également être réputée non avenue. Il en serait ainsi, par exemple[6], d'une société formée pour l'exercice de la contrebande à l'intérieur [[6] *bis*] ou pour l'exploitation en France d'une maison de jeu[7]. En pareil cas, aucun des associés n'a d'action contre les autres, ni pour les faire contribuer aux pertes qu'il aurait éprouvées, ni pour réclamer sa part dans les bénéfices qu'ils auraient réalisés[8]. [Il y a,

[6] Voy. aussi : sur les associations formées en vue de remises ou de courtages à obtenir sur des opérations de bourse, Paris, 10 novembre 1854, Sir., 55, 2, 548 ; sur les associations conclues, soit entre un adjudicataire de créances et l'huissier chargé d'en opérer le recouvrement, soit entre un médecin et un pharmacien, Req. rej., 10 janvier 1865, Sir., 65, 1, 110. Paris, 31 mai 1866, Sir., 67, 2, 49. [Sur les associations formées entre plusieurs commerçants dans le but d'organiser, sous prétexte de mutuel appui, une circulation de valeurs fictives de nature à tromper le public sur les bases et l'étendue de leur crédit : Amiens, 4 mai 1878, Sir., 79, 2, 44. Sur les associations pour acquisitions en gros et revente en détail d'immeubles, formées entre le notaire chargé de recevoir les actes de revente et un tiers : Dijon, 25 juin 1884, sous Cass., 14 mai 1888, Sir., 89, 1, 12. Sur les sociétés dites de reconstitution de capitaux, créées en vue d'opérations qui présentent les caractères d'une loterie interdite. Lyon, 19 juillet 1898, Sir., 1902, 2, 257, Cass., 18 déc. 1899, Sir., 1903, 1, 133. Cpr. Cass., 24 avril 1902, Sir., 03, 1, 156.]

[[6] *bis*. Limoges, 18 août 1879, Sir., 79, 2, 248, Req., (mêmes parties), 8 nov. 1880, Sir., 81, 1, 248.]

[7] Il n'en serait pas de même d'une société formée, soit pour faire la contrebande en pays étranger, soit pour l'exploitation d'une maison de jeu autorisée en pays étranger. Larombière, *Des obligations*, I, p. 345, nos 41 et 42. Req. rej., 25 août 1835, Sir., 35, 1, 673. Paris, 22 février 1849, Sir., 49, 2, 144. Voy. en sens contraire : Delangle, I, 104; Paris, 31 mars 1849, Sir., 49, 2, 464. [Pau, 2 juillet 1886, Clunet, 1887, 214. Douai, 11 nov. 1907, Sir., 07, 2, 308 (Voy. toutefois la fin de la note critique anonyme, qui rapproche, non sans malice, la solution de l'arrêt de la Cour de Douai, qui est celle de la doctrine, de toute une série de mesures encore théoriquement existantes, faisant partie du régime des entrepôts en douane, et visiblement inspirées par le souci de faciliter la contrebande à l'étranger.]

[8] *Nulla doli est communicatio.* Duranton, XVII, 327. Troplong, I, 99 à 102. Duvergier, nos 27 à 30. Delangle, I, 101. [Amiens, 4 mai 1878, Sir., 79, 2, 44. Aix, 22 juin 1878, Sir., 79, 2, 19. Cpr. cep. Lyon, 19 juillet 1898, Sir., 1901, 2, 257. (la société nulle ayant fonctionné comme société de fait jusqu'à la prononciation de la nullité.)]

sous ce point de vue, une différence profonde entre les sociétés susvisées et celles dont la nullité ne tient pas au caractère illicite de leur objet. Dans ces dernières, chacun des associés, comme il sera dit plus loin, peut demander compte aux autres des pertes qu'il a subies et des bénéfices qu'ils ont réalisés [8] *bis*. D'ailleurs, même dans les sociétés dont la nullité tient au caractère illicite de leur objet,] chacun des associés est autorisé à réclamer la restitution de sa mise, déduction faite des pertes qui peuvent être résultées des opérations sociales [9].

3° Le principe d'après lequel les conventions ayant pour objet de transférer ou de constituer des droits personnels ou réels, opèrent immédiatement et par elles-mêmes le transport ou la constitution de ces droits et les modifications auxquelles ce principe est soumis [10], s'appliquent aux conventions concernant les apports respectifs des associés.

C'est ainsi que la mise en société des créances ordinaires ne devient opposable aux tiers que moyennant l'accomplissement de l'une ou l'autre des conditions exigées par l'art. 1690 [11].

C'est ainsi encore que, dans le cas où un apport consiste

[8 *bis*. Voy. sur la théorie générale des sociétés de fait, § 377, texte et note 20 *bis*. M. Hémard (*Des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, 1912, p. 73 et suiv., a vivement critiqué la distinction que nous formulons au texte.]

[9] Duvergier, n° 31. Delangle, *loc. cit.* Voy. en sens contraire: Pardessus, *Droit commercial*, IV, 1009 ; Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, I, 65 ; Troplong, I, 105. Ces derniers auteurs font, à notre avis, une fausse application des règles sur la *condictio ob turpem causam*, qui suppose un paiement effectué en retour de la promesse d'un fait illicite, ce qui ne se rencontre pas dans notre espèce. L'associé qui opère le versement de sa mise n'entend pas en transférer la propriété à l'associé chargé de la recevoir ; son intention est seulement de la mettre en commun, pour qu'elle soit employée à l'usage convenu entre les parties ; et si cet emploi devient impossible en raison du caractère illicite de la société, la mise demeure sans cause entre les mains de celui qui l'a reçue, et se trouve par conséquent soumise à répétition, *condictione sine causa*. Cpr. L. 5, *præ.* et § 1, D. *de cond. sine causa* (12, 7).

[10] Voy. §§ 174 et 209.

[11] Duvergier, n° 379. Troplong, II, 766. Req. rej., 28 avril 1869, Sir., 69, 1, 313. [Cass., 24 déc. 1894, Sir., 95, 1, 69.]

en droits dont la constitution ou la translation ne devient efficace à l'égard des tiers que par la transcription, l'acte constatant l'apport doit être soumis à cette formalité.

[Le tout, réserve faite des conséquences de la connaissance spéciale et personnelle, exclusive de leur bonne foi, qu'auraient pu avoir les tiers, indépendamment de l'accomplissement des formalités susvisées, de la mise en société desdites créances ou desdits immeubles [11] *bis*.]

[D'ailleurs, l'apport de la propriété d'un brevet d'invention ne saurait être assimilé à une cession dudit brevet, en ce qui concerne l'application de l'art. 20 de la loi du 20 juillet 1844 [11] *ter*.]

§ 379.

Des différentes espèces de société.

1° Les sociétés sont universelles ou particulières. Art. 1835.

Les sociétés universelles se divisent en sociétés universelles de biens présents et en sociétés universelles de gains[1]. Art. 1836[2].

[11] *bis*. Civ. rej., 7 juillet 1897, Sir., 98, 1, 113 (note Wahl). Cpr. pour la formule employée au texte, Civ. cass. (mêmes parties). 24 déc. 1894, Sir., 95, 1, 69 et le rapport de M. le Conseiller Crépon Voy. d'ailleurs § 359 *bis*, texte et note 12, § 267, texte et note 9.]

[11] *ter*. Cass., 19 juin 1882, Sir., 83, 1, 17. Cass., 22 mars 1898, Sir., 1903, 1, 86.]

[1] Ces dénominations, employées par la loi, ne sont pas tout à fait exactes, puisque, d'une part, la société universelle de biens présents peut, à l'exception des biens à échoir par donation ou succession, comprendre toutes autres espèces de biens à venir, que les parties voudraient y faire entrer ; et que, d'autre part, la société universelle de gains comprend, de plein droit, les biens meubles que les associés possédaient au moment de la formation du contrat. Cpr. art. 1837 et 1838.

[2] Les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas cru devoir admettre la société universelle de tous biens présents et à venir, reconnue par l'ancien Droit, et qui, sauf stipulation contraire, comprenait même les biens devant échoir aux associés par donation ou par succession. Ils ont pensé que, dans une pareille société, les mises seraient trop incertaines pour que les parties pussent contracter en connaissance de cause, et qu'une

La société universelle de biens présents est celle par laquelle les parties mettent en commun la totalité des biens, tant meubles qu'immeubles, qu'elles possèdent au moment du contrat, avec les profits qu'elles en recueilleront. Art. 1837, al. 1.

Les parties peuvent aussi y comprendre leur industrie, ainsi que toute espèce de gains. Mais il leur est interdit d'y faire entrer, pour la propriété, les biens à échoir par succession, legs ou donation, qui, du reste, y tombent de plein droit, pour l'usage ou la jouissance. Art. 1837, al. 2. Cpr. cep. art. 1526. La clause par laquelle les parties déclareraient comprendre dans une société universelle de biens la propriété de ceux qui leur adviendront par succession ou par donation, serait nulle, et entraînerait la nullité du contrat tout entier [3].

La société universelle de gains est celle par laquelle les parties mettent en commun, d'une part, tout ce qu'elles acquerront durant la société par leur industrie [4], d'autre part, la propriété de tous les biens meubles et la jouissance de tous les immeubles qu'elles possèdent au moment de la formation du contrat. Art. 1838.

Lorsque les parties ont simplement stipulé une société universelle, sans s'expliquer sur ce qu'elle comprendrait,

convention de cette nature offrirait un moyen trop facile d'éluder les dispositions de la loi sur les donations, et notamment, la prohibition de donner des biens à venir. *Discussion au Conseil d'Etat* (Locré, *Lég.*, XIV, p. 492 et suiv., n^os^ 10 et 11). *Exposé de motifs*, par Treilhard, et *Rapport au Tribunat*, par Boutteville (Locré, *Lég.*, XIV, p. 520, n° 7, p. 532, n° 6). Zachariæ, § 379, note 1re.

[3] Cpr. § 377, texte et note 9. Troplong, I, 276. Duvergier, I, 103. Larombière. *Des obligations*, I, p. 357, n° 52. Voy. en sens contraire : Duranton, XVII, 350 ; Zachariæ, § 379, note 3.

[4] Cette société ne comprend donc point, de sa nature, toute espèce de gains : ce qui advient aux parties, par exemple, par don de fortune, n'y entre pas. Cpr. L. 52, § 16, LL. 53 et 54, D. *pro soc.* (17, 2). Zachariæ, § 379, note 4. Mais il n'est pas douteux que les parties ne puissent, par une clause spéciale, faire entrer dans une société universelle de gains, toute sorte de gains indistinctement. L'art. 1838 n'a d'autre but que de poser une règle d'interprétation, qui n'est plus applicable, lorsque les parties ont elles-mêmes indiqué les objets qui doivent entrer dans la société. Zachariæ, *loc. cit.*

elles sont censées n'avoir voulu établir qu'une société de gains. Art. 1839.

Les dettes des associés existant au jour du contrat, ainsi que les charges dont leurs biens sont grevés, entrent dans la société universelle de biens présents, sans distinction de leur origine et de leur nature. Au contraire, les dettes mobilières et les intérêts des dettes immobilières entrent seuls dans la société universelle de gains [5].

Une société nouvelle, soit de biens présents, soit de gains, ne peut être valablement établie qu'entre personnes respectivement capables de se donner l'une à l'autre et de recevoir l'une de l'autre [6]. Les sociétés universelles contractées par des personnes qui meurent en laissant des héritiers à réserve, ne sont point, à raison de cette circonstance, frappées de nullité. Mais l'avantage qui pourra en résulter pour leurs associés sera réductible à la quotité disponible. Art. 1840 [7].

[5] Pothier, nos 37 et 52, Delvincourt, sur l'art. 1837. Zachariæ, § 379, texte et note 6. Voy. sur le sens des expressions *dettes mobilières ou immobilières* : § 508, nº 1.

[6] Ainsi, serait nulle la société universelle contractée entre un médecin et son malade, entre un père et son enfant adultérin. Cpr. art. 908 et 909. — M. Duranton (XVII, 376) considérait également comme nulle, avant l'abolition de la mort civile, toute société universelle contractée avec un mort civilement ; mais cette opinion est sujette à difficulté. L'art. 1840 n'exige pas, comme condition de la validité d'une pareille société, la capacité absolue, pour chacune des parties, de donner et de recevoir à titre gratuit. Il ne défend cette sorte de convention qu'aux personnes entre lesquelles il existe une incapacité relative de se donner, ou de recevoir l'une et l'autre. Il semble donc qu'une société universelle contractée avec un mort civilement ne puisse être attaquée que comme ayant été faite dans le but de déguiser une donation, et à charge de prouver la simulation.

[7] Les termes de l'art. 840, *et auxquels il n'est point défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes*, présentent quelque obscurité. Delvincourt (III, p. 220) en a inféré que les rédacteurs du Code Napoléon avaient eu la pensée de prohiber les sociétés universelles entre toutes personnes qui ne jouiraient pas, l'une à l'égard de l'autre, de la faculté illimitée de disposer à titre gratuit. Voy. dans le même sens : Duvergier, nº 119. Mais la disposition de l'art. 1840, entendue en ce sens, ne se justifierait par aucun motif plausible ; et ce n'est point ainsi qu'elle a été

La société particulière est celle par laquelle plusieurs personnes mettent en commun la propriété, la jouissance ou l'usage d'objets individuellement désignés, ou par laquelle elles se réunissent, soit pour une entreprise déterminée, soit pour l'exercice de quelque industrie ou de quelque profession. Art. 1841 et 1842.

2° [Avant la loi du 1er août 1893], les sociétés [étaient] civiles ou commerciales, selon que, eu égard à leur objet principal, elles [avaient] été formées en vue d'opérations qui ne présentent pas ou qui présentent le caractère d'actes de commerce[8] [et ce, alors même qu'elles avaient revêtu la forme anonyme[8] *bis*]. [La société civile ainsi constituée sous la forme anonyme échappait donc, malgré sa forme commerciale, tant aux prescriptions du Code de Commerce sur le fond du droit[8] *ter* qu'aux prescriptions de même nature de la loi du 24 juillet 1867 sur les

expliquée dans la discussion au Conseil d'État. Cpr. Locré, *Lég.*, XIV, p. 497, nos 11 et 12. Enfin, les art. 1526 et 1527, al. 3, confirment encore l'interprétation que nous avons donnée de cet article. Duranton, XVII, 381. Troplong, I, 305 et suiv. Zachariæ, § 379, note 9.

[8] Cpr. Req. rej., 6 juillet 1868, Sir., 68, 1, 396 ; Civ. rej., 3 février 1869, Sir., 69, 1, 217. [Grenoble, 19 mars 1870, Sir., 71, 2, 35. Cass., 18 déc. 1871 (deux arrêts), Sir., 71, 1, 196; Cass., 26 février 1872, Sir., 72, 1, 175. Cass., 21 juillet 1873, Sir., 73, 1, 456. Cass,. 16 juin 1874, Sir., 74, 1, 345, Cass., 26 février 1878, Sir., 80, 1, 167. Amiens, 26 février 1881, Sir., 82. 2, 188. Rouen, 1er avril 1881, Sir., 82, 2, 153. Cass., 28 janvier 1884, Sir. 1886, 1, 465 et la note de M. Lyon-Caen. Trib. Saint-Étienne, 24 déc. 1883, sous Cass., Sir., 1893, 1, 321 (fiscal). Cass., 28 mars 1887, Sir., 1888, 2, 231. Orléans, 28 juillet 1887, Sir., 90, 2, 42. Cass., 12 déc. 1887, Sir., 88, 1, 319. Cass., 11 juin 1888, Sir., 90, 1, 516. Rouen, 16 juin 1890, Sir., 92, 2, 309. Lyon, 4 juillet 1890, Sir., 92, 2, 275. Cass., 8 nov. 1892, Sir., 93, 1, 32. Trib. Comm. Seine, 11 mai 1894, sous Paris, Sir., 1896, 2, 57 (note Wahl). Cass., 15 janvier 1900, Sir., 1900, 1, 317. Cass., 3 février 1902, Sir., 02, 1, 72. Montpellier, 20 mai 1903, Sir., 04, 2, 89. Nous mentionnerons spécialement ici, dans le même sens que tous les arrêts précédents, le jugement du tribunal de la Seine, 4 février 1889, Sir., 89, 2, 47 et l'arrêt de la cour de Paris (mêmes parties), 8 mars 1889, Sir., 89, 2, 225, concernant la Compagnie dite internationale du Canal de Panama. Cpr. à ce sujet texte n° 3 et note 8 *tredecies infra*.]

[8 *bis*. Rouen, 16 juin 1890, Sir., 92, 2, 309. Cass., 21 octobre 1895. Sir., 98, 1, 43 (pour les sociétés formées avant la loi du 1er août 1893).]

[8 *ter*. Req. 28 janvier 1884, Sir., 86, 1, 465.]

sociétés anonymes[8] *quater.*] [La loi du 1er août 1893 dispose au contraire que les sociétés constituées dans les formes de la loi commerciale, comme sociétés anonymes ou comme sociétés en commandite par actions, auront désormais le caractère de sociétés commerciales, avec toutes les conséquences de la commercialité[8] *quinquies*. Cette loi ne s'appliquant qu'aux sociétés à forme commerciale constituées après le 1er août 1893[8] *sexies*, la question se pose de savoir si les sociétés constituées en la forme commerciale antérieurement au 1er août 1893, — qui, lorsqu'elles ont un objet civil, restent, comme il vient d'être dit, tout au moins dans l'intérêt des créanciers sociaux[8] *septies*, soumises aux règles du Code civil, — peuvent se transformer en sociétés commerciales soumises à la loi du 1er août 1893[8] *octies*, même dans le but spécial de soumettre aux règles de la faillite ou de la liquidation judiciaire, la liquidation de la société civile, même à supposer que la déconfiture de ladite société civile

[8 *quater*. Crim. cass., 28 nov. 1873, Sir., 75, 1, 281. Civ. rej., 26 juin 1900, Sir., 00, 1, 329. Montpellier, 20 mai 1903, Sir., 04, 2, 89 et la note de M. Houpin. Paris, 17 juillet 1901, sous Civ. cass., Sir., 06, 1, 5. Cpr. en ce sens la rédaction de l'arrêt de cassation précité et la note de M. Lyon-Caen. Cpr. au contraire en ce qui concerne les formes de la vérification des apports : Seine, 20 juillet 1886, sous Paris, Sir., 1892, 2, 270. Cpr. *Annuaire de Législation française*, publié par la Société de législation comparée, 1894, p. 221 (notice de M. Lyon-Caen).]

[8 *quinquies*. Par exemple, en ce qui concerne le caractère commercial des prêts à elles consentis. Voy. Req., 17 juin 1907, Sir., 09, 1, 374. Voy. pour d'autres conséquences possibles, Planiol, II, nos 1941 et 1942.]

[8 *sexies*. Voy. la notice précitée de M. Lyon-Caen, dans l'*Annuaire de Législation française* de 1894, pag. 221, note (argument tiré de la rédaction au futur de l'art. 6 de la loi de 1893, ajoutant un art. 68 à la loi du 24 juillet 1867). Cass., 26 juin 1900, Sir., 1900, 1, 329.]

[8 *septies*. Qui peuvent renoncer à se prévaloir de l'application des règles plus rigoureuses du Code civil en matière de responsabilité des fondateurs et associés. Cass., 26 juin 1900, Sir., 1900, 1, 329.]

[8 *octies*. C'est ce qui est généralement admis. Notice précitée de M. Lyon-Caen, dans l'*Annuaire de Législation française* pour 1894, pag. 221, note. Thaller, *Annales de droit commercial*, 1894, 129, Houpin, *Traité des Sociétés*, I3, no 648. Paris, 10 juillet 1894, Sir., 1896, 2, 57 (note Wahl).]

existe déjà dès avant la transformation projetée[8] *nonies*.

Nous n'avons pas à nous occuper des sociétés commerciales. Nous nous bornerons à faire remarquer que les principes posés par le Code Napoléon sont applicables à ces sociétés, en tant qu'ils ne sont pas contraires aux lois et usages du commerce. Art. 1873. Code de comm., art. 18 et suiv. [8] *decies*].

[Avant la loi du 22 novembre 1913, les décisions qui ont pour objet la transformation d'une société civile en société commerciale par sa forme, au sens de la loi du 1er août 1893, ou d'une société française en société étrangère, touchant aux bases essentielles de ladite société, ne pouvaient être prises qu'à l'unanimité des voix des associés, et non pas à la simple majorité fixée par l'acte de société pour les modifications aux statuts[8] *undecies*. Il en était de même de la transformation et par conséquent de l'extension de l'objet de la société [8] *duodecies*.]

[La loi du 22 nov. 1913 décide que, sauf en ce qui concerne la nationalité de la société et l'aggravation des engagements des actionnaires [8] *tredecies*, et réserve faite d'une disposition contraire dans les statuts de la

[8 *nonies*. Paris, 10 juillet 1894, précité.]

[8 *decies*. Nous ajouterons ici, en conséquence de l'observation de principe qui vient d'être faite au texte, que nous citons souvent, à l'appui des règles applicables aux sociétés civiles, des arrêts qui ont fait l'application de ces règles de droit commun à des sociétés commerciales.]

[8 *undecies*. Civ. cass., 26 nov. 1891, Sir., 95, 1, 133, et la note anonyme Req. (mêmes parties), 29 mars 1898, Sir., 1901, 1, 70. Voy. d'autre part et dans le même sens, pour l'hypothèse de la transformation d'une société étrangère en société française, Req., 7 juin 1880, Sir., 80, 1, 348.]

[8 *duodecies*. Civ. cass., 26 nov. 1894, Sir., 1895, 1, 133. Req. (mêmes, parties), 20 mars 1898, Sir., 01, 1, 70. Ceci est d'ailleurs plus douteux. Voy. la fin de la note anonyme sous l'arrêt précité du 26 nov. 1894. Cpr. en ce qui concerne la définition et l'objet des délibérations qui impliqueraient transformation de la société, Civ. cass., 23 octobre 1905, Sir., 1906, 1, 5, et la note de M. Lyon-Caen.]

[8 *tredecies*. Nous prenons cette expression dans son sens le plus strict. Elle vise uniquement, dans notre pensée, l'hypothèse où la modification susvisée aurait pour objet d'obliger les actionnaires à verser plus qu'ils ne s'étaient d'abord engagés à verser. Voy. en sens contraire Wahl, *Commentaire de la loi du* 22 *nov.* 1913, nos 21 et suiv.]

société, toute modification peut être apportée aux statuts par l'assemblée générale des actionnaires, en tant d'ailleurs que cette assemblée est constituée et délibère dans les conditions prévues par ladite loi du 22 nov. 1913.]

[3° Dans l'ordre des conflits de lois, la nationalité des sociétés civiles paraît devoir se déterminer, comme celle des sociétés commerciales, en s'attachant au lieu de leur principale exploitation [8] *quatuordecies*.]

[[8] *quatuordecies*. Nous supposons résolue en ce sens la grave controverse qui s'est élevée entre les internationalistes quant à la détermination de la nationalité des sociétés de commerce. MM. Lyon-Caen et Renault (*Traité de droit commercial*, IV, n° 1167) présentent cette solution comme certaine. La Cour de cassation (Civ. cass., 20 juin 1870, Sir., 70, 1, 373, arrêt rendu en matière fiscale) se prononce au contraire en faveur du lieu du siège social. — Quoi qu'il en soit de cette opposition de doctrines, ce qui est certain, c'est que ces deux opinions présentent un trait commun : quelle que soit celle que l'on professe, on tombe d'accord, dans l'une et dans l'autre, que la nationalité des sociétés de commerce ne dépend ni de la nationalité des associés, ni de l'origine des capitaux. Ceci, bien entendu, réserve faite des éléments nouveaux d'argumentation que les événements de 1914 à 1918 ont fait apparaître, et qui conduiront tout au moins à une revision, peut-être même à une rénovation, de toutes les doctrines antérieures sur ce point. Quoi qu'il en soit de ces perspectives, et pour nous en tenir actuellement aux conceptions traditionnelles, la nationalité des sociétés de commerce paraît indépendante de la nationalité des associés comme de l'origine des capitaux. — En est-il de même des sociétés civiles? On ne voit pas de raison pour les traiter autrement, tout au moins si l'on admet, comme le fait aujourd'hui la Cour de cassation (voy. § 377, texte et note 17 *bis*) qu'elles constituent des personnes civiles. La nationalité des sociétés, conçue comme indépendante de celle des associés, et, si je puis dire, de celle des capitaux, doit naturellement se déterminer de même dans les deux cas. C'est ainsi que se comprend très bien l'arrêt de la Chambre des requêtes du 29 mars 1898, Sir., 01, 1, 70 (Cpr. Civ. cass., (mêmes parties) 26 nov. 1894, Sir., 95, 1, 133) rendu à une époque où la Chambre des Requêtes avait déjà sanctionné le principe de la personnalité des sociétés civiles. Mais la jurisprudence paraît avoir admis que les sociétés civiles avaient une nationalité distincte de celle de leurs membres ou des capitaux qui avaient servi à les constituer, bien avant d'avoir sanctionné le principe de la personnalité civile de ces sociétés. Voy. par ex. Paris, 8 mars 1889, Sir., 89, 2, 225 (Cet arrêt a été rendu à l'occasion de la mise en liquidation de la compagnie de Panama). Dans cette hypothèse, la question du caractère civil ou commercial des opérations de la société, seul *critérium* possible, à cette date, de la

§ 380.

Des obligations des associés entre eux

1° Chaque associé est tenu d'effectuer sa mise au temps convenu. Art. 1845, al. 1.

L'associé qui ne satisfait pas à cette obligation au terme fixé pour son exécution est de plein droit constitué en demeure, et doit, à partir de cette époque, faire état à ses associés des fruits ou revenus des objets composant sa mise, des intérêts des sommes qu'il avait à verser[1], et des profits par lui retirés de l'industrie qu'il devait exercer pour le compte commun. Il est, en outre, dans toutes ces hypothèses, passible de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu. Art. 1846, al. 1 et 3[2]. Art. 1847.

2° Lorsqu'il s'agit d'une société particulière, et que la mise d'un associé consiste en un ou plusieurs objets individuellement déterminés, apportés, soit pour la

commercialité ou de la non-commercialité de la société elle-même, a été discutée et résolue par référence à l'art. 632 de notre Code de Commerce, ce qui semble bien supposer l'affirmation, au moins implicite, de la nationalité française de la société. Cpr. Thaller, *Annales de Droit commercial*, 1889, II, 15. Cpr. sur cette question de nationalité : Rouen 1er avril 1881, Sir., 82, 2, 153, Civ. cass., 3 avril 1892, Sir., 93, 1, 3[illegible].

[1] Les intérêts de sommes dues à titre de mises sociales sont, comme tous autres intérêts, soumis à la prescription de 5 ans, établie par l'art. 2277. Les intérêts remontant à plus de 5 ans ne pourraient être alloués qu'à titre de dommages-intérêts, et sur des conclusions formelles prises à cet effet. Civ. cass., 19 février 1869, Sir., 69, 1, 256.

[2] Cpr. L. 38, § 9, *D. de usur.* (22, 1); L. 60, § 1. *D. pro soc.* (17, 2). L'art. 1846 consacre, en matière de société, une double dérogation aux principes généraux sur la mise en demeure et sur l'étendue des dommages-intérêts. La première consiste en ce que l'associé est constitué en demeure par la seule échéance du terme fixé pour la réalisation de sa mise. Cpr. art. 1146, 1139, 1153 ; § 308, texte n° 1, et note 21. La seconde résulte de ce que l'associé qui est en retard de verser la somme faisant l'objet de sa mise, peut être condamné à des dommages-intérêts supérieurs à l'intérêt légal de cette somme. Cpr. art. 1153 ; § 308, texte n° 4, et note 48. Ces dérogations se justifient parfaitement par la nature spéciale du contrat de société. Cpr. Duranton, XVII, 398 et suiv.

propriété, soit pour la jouissance, cet associé est garant envers la société de l'éviction qu'elle peut éprouver. Cette garantie est, suivant les circonstances, régie par des principes analogues à ceux qui règlent la garantie du vendeur envers l'acheteur [[2] *bis*], ou du bailleur envers le preneur. Art. 1845 et arg. de cet article.

3° Dans les circonstances indiquées au numéro précédent, l'associé qui a promis d'apporter un immeuble pour la propriété ou pour la jouissance, est tenu, comme le vendeur ou le bailleur, de délivrer la contenance portée au contrat. Les conséquences de son obligation se déterminent d'après les dispositions des art. 1617 et suiv., de sorte que, dans les hypothèses auxquelles s'applique l'art. 1619, il n'est passible d'indemnité pour déficit de contenance, qu'autant que ce déficit est d'un vingtième au moins [3].

4° Chaque associé répond des dommages qu'il a causés par sa faute [4], sans pouvoir compenser ces dommages avec les profits que sa diligence aurait procurés dans d'autres affaires. Art. 1850.

5° Chaque associé est tenu, [en tant, bien entendu, qu'il n'en est point empêché par cas fortuit [4*bis*]], de veiller et de pourvoir aux intérêts sociaux, comme aux siens propres.

Il résulte de ce principe que l'associé doit faire état à ses coassociés du paiement qu'il a reçu d'une personne dont il était créancier pour une somme non encore exigible, lorsque cette personne se trouvait en même temps débitrice de la société pour une somme déjà exigible [5].

Il en résulte encore que, quand la créance de la société et celle de l'associé sont également exigibles, ce dernier

[[2] *bis*. Cpr. cep. Limoges, 2 juillet 1897, sous Cass., 7 nov. 1899, Sir., 01, 1, 513 (en matière de cession de créance).]

[3] Duranton, XVII, 393. Troplong, I, 534. Delangle, I, 88. Cpr. Civ. rej., 14 janvier 1862, Sir., 62, 1, 533. Voy. en sens contraire : Duvergier, n° 156.

[4] Cpr. sur l'étendue de cette responsabilité : § 308, texte n° 2, et note 28.

[[4] *bis*. Req., 16 nov. 1886, Sir., 88, 1, 423 (service militaire). Cpr. § 381, note 1 *bis*.]

[5] Arg. *a fortiori* art. 1848. Voy. aussi art. 1256. Duranton, XVII, 401.

est obligé de faire état à ses coassociés du paiement qu'il a reçu du débiteur commun, dans la proportion du montant des deux créances. L'obligation à laquelle l'associé est soumis à cet égard existe, lors même que le paiement a été exclusivement imputé sur sa créance personnelle et que la quittance par lui délivrée porte que c'est le débiteur qui a exigé cette imputation [6]. Art. 1848. Toutefois, si le débiteur avait eu un intérêt légitime à diriger l'imputation sur la créance de l'associé, qui était, soit productive d'intérêts, soit garantie par une hypothèque ou un cautionnement, tandis que la créance de la société ne se trouvait dans aucune de ces conditions, cet associé ne serait pas tenu de faire état à ses coassociés du paiement par lui reçu [7]. Du reste, l'imputation qui aurait été faite en totalité sur la créance de la société lierait l'associé qui a reçu le paiement ; il ne pourrait, par conséquent, retenir aucune partie des fonds par lui touchés. Art. 1848.

Il résulte enfin du principe ci-dessus posé, que l'associé qui a reçu sa part entière dans une créance sociale est tenu, lorsque le débiteur devient insolvable par la suite, de rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu, quoiqu'il ait spécialement donné quittance pour sa part. Art. 1849.

6° Chaque associé est, à moins de convention contraire [8], tenu de contribuer aux pertes dans la proportion de la part qu'il prendrait aux bénéfices, s'il y en avait. Art. 1853 et arg. de cet article [9].

[6] L'art. 1848 n'a pas pour objet de déroger à l'art. 1253. L'imputation, indiquée ou acceptée par le débiteur, produira son effet, en ce sens que celui-ci sera libéré de la dette sur laquelle le paiement aura été imputé. Delvincourt, III, p. 231. Duranton, XVII, 401. Zachariæ, § 380, note 6. Aussi les termes de l'art. 1848 : *l'imputation de ce qu'il reçoit de ce débiteur doit se faire*, etc., ne nous paraissent-ils pas rendre d'une manière exacte la pensée du législateur.

[7] Arg. art. 1256. Delvincourt, *loc. cit.* Larombière, III, p. 426, n° 6. Voy. en sens contraire : Duranton, *loc. cit.*

[8] Cpr. § 377, texte et notes 8 à 15.

[9] § 3. *Inst. de Société.* (3, 25). Duranton, XVII, 416. Duvergier, n° 240. Amiens, 27 mai 1840, Sir., 42, 2, 113.

Il en est ainsi, alors même que, les mises des associés étant égales, les bénéfices devaient cependant se partager inégalement [10].

Réciproquement, si, les mises étant inégales, il avait été convenu que les bénéfices et les pertes se partageraient par portions égales, la circonstance que le fonds commun aurait été complètement absorbé, n'autoriserait pas l'associé, qui a fait l'apport le plus considérable, à exiger des autres une indemnité proportionnée à la différence des mises [11].

§ 381.

Des droits des associés les uns envers les autres.

1° Chaque associé a le droit de réclamer sa part dans les bénéfices [1 *bis*].

Lorsque les parts dans les bénéfices n'ont pas été déterminées par le contrat de société ou par une convention postérieure, elles se règlent en proportion des mises de chaque associé, [contemporaines de la formation de la société [1 *ter*]. Art. 1853, al. 1. Si la valeur des biens formant la mise de l'un des associés n'a point été fixée par les parties, il appartient au juge de l'apprécier.

Quant à la mise de l'associé qui n'a apporté que son industrie, elle est, à défaut de fixation conventionnelle, censée équivaloir à celle de l'associé dont l'apport est le moindre. Art. 1853, al. 2. Toutefois, lorsque la société a été dissoute avant le terme fixé pour sa durée, la valeur de la mise de l'associé qui n'a apporté que son industrie, est sujette à réduction dans la proportion de la durée effective de la société, comparée au temps pour lequel elle avait été conclue [1].

[10] Civ. rej., 11 janvier 1865, Sir., 65, 1, 12.

[11] Civ. rej., 27 mars 1861, Sir., 61, 1, 515.

[1 *bis*. Cpr. Req., 16 nov. 1886, Sir., 88, 1, 423, et voy. § 380, note 4 *bis*.]

[1 *ter*. Voy. sur le sens de cette réserve : Nancy, 14 mars 1868, Sir., 69, 2, 214, et Rennes, 29 avril 1881, sous Cass., 1er août 1883, Sir., 86, 1, 20.]

[1] Colmar, 18 juillet 1863, Sir., 66, 1, 207.

L'associé qui, outre son industrie, a apporté de l'argent ou d'autres biens, est à considérer comme ayant fait une double mise, de sorte qu'il faut, pour fixer le montant total de son apport, ajouter à la valeur des biens qu'il a mis en commun, une somme égale à la mise de l'associé qui a le moins apporté [2].

Du reste, les associés peuvent convenir de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour la fixation des parts [3], [c'est-à-dire de la proportion abstraite dans laquelle chaque associé devra participer aux bénéfices et contribuer aux pertes [3 *bis*.] Le règlement fait par l'arbitre ainsi choisi, ne peut être attaqué, s'il n'est évidemment contraire à l'équité [4]. Nulle réclamation n'est même recevable sous ce prétexte, si le règlement a reçu un commencement d'exécution de la part de l'associé qui se prétend lésé, ou s'il s'est écoulé plus de trois mois depuis qu'il en a eu connaissance. Art. 1854.

2° Tout associé a droit de répéter, avec intérêts à dater du jour des paiements [5], toutes les sommes qu'il a déboursées pour le compte social, et de se faire indemniser des engagements qu'il a contractés dans l'intérêt commun [6], ainsi que des pertes qu'il a éprouvées

[2] Duranton, XVII, 433. Zachariæ, § 381, note 1re.

[3] Cpr. LL. 6, 76, 79, *D. pro soc.* (17, 2).

[3 *bis*. Ce qui est tout à fait différent du cas où il s'agit des opérations divisoires effectuées, du consentement des associés, par un tiers. L'art. 1854 est étranger à cette hypothèse, dans laquelle il ne peut s'agir, contre lesdites opérations divisoires, que d'une action en nullité ou en rescision, sur le fondement et dans les termes de l'art. 887. Req. 26 mai 1897, Sir., 98, 1, 347. Cpr. pour une distinction analogue en matière de partage, art. 888 et 889, § 626, texte et note 20.]

[4] Il n'est pas nécessaire, pour que le règlement doive être considéré comme contraire à l'équité, qu'il présente une lésion d'outre moitié Cpr. art. 1674. Voy. en sens contraire : Maleville, sur l'art. 1854.

[5] Arg. art. 1859, n° 1, cbn. 2001, L. 67, *D. pro soc.* (17, 2). Delvincourt, sur l'art. 1852. Duranton, XVII, 411. Zachariæ, § 381, note 4. Cpr. Civ. cass., 21 juin 1819, Sir., 19, 1, 411. [Cass., 21 juillet 1884, Sir., 86, 1, 291 Cass., 26 mars 1901, Sir., 01, 1, 216.]

[6] Un associé n'a cependant droit à une indemnité, à raison des dépenses qu'il a faites et des engagements qu'il a contractés, qu'autant qu'il a agi de bonne foi. Quoique l'art. 1852 n'exige formellement cette condition qu'à l'égard des engagements pris dans l'intérêt commun, il n'est pas

par suite des risques inséparables de sa gestion[7]. Art. 1852.

Les droits indiqués sous les nos 1 et 2 ci-dessus s'exercent [sans solidarité [7] *bis*] contre chacun des associés dans la proportion de sa part aux bénéfices ou aux pertes[8]. Si l'un ou l'autre des associés est insolvable, la part dont il se trouve tenu doit être contributoirement répartie entre tous les associés solvables et celui qui les poursuit[9].

3o Chaque associé peut, sans le consentement des autres, former, relativement à sa part, une société avec une tierce personne ; mais il ne peut pas, sans ce consentement [[9] *bis*], associer un tiers à la société[10], lors même qu'il en aurait l'administration. L'assentiment de la majorité ne ferait pas à cet égard loi pour la minorité[11]. Art. 1861. [Il peut pareillement céder à un tiers sa part dans les bénéfices, mais cette cession ne saurait avoir pour effet de conférer au cessionnaire la qualité d'associé[11] *bis*.]

Du principe posé dans l'art. 1861, il résulte que la

douteux qu'elle ne soit également nécessaire pour les dépenses dont un associé réclame la bonification. Zachariæ, § 381, texte et note 5. Cpr. Paris, 3 janvier 1831, Sir., 32, 2, 394.

[7] Cpr. L. 52, § 4, L. 60, § 1, et L. 61, *D. pro soc.* (17, 2). Duranton, XVII, 413.

[[7] *bis*. Cass., 17 juillet 1889, Sir., 91, 1, 394.]

[8] C'est ainsi qu'il faut entendre les termes *un associé a action contre la société*, dont se sert l'art. 1852, car les sociétés civiles ne constituent pas des personnes morales. Cpr. § 377, texte et note 16 ; L. 67, *D. pro soc.* (17, 2) ; Pothier, no 132. Zachariæ, § 381, texte et note 3.

[9] Pothier et Zachariæ, *loc. cit.*

[[9] *bis*. Qui peut résulter, d'ailleurs, de l'acte de société lui-même, et de l'objet de ladite société. Cass., 30 juillet 1901, Sir., 1905, 1, 502.]

[10] Cpr. sur les différences qui existent entre l'hypothèse où un tiers a été associé à la société du consentement de tous les associés, et celle où il a été simplement associé à la part de l'un d'eux : LL. 19 à 23, *D. pro soc.* (17, 2) ; Duranton, XVII, 444.

[11] Besançon, 28 décembre 1842 et 23 avril 1845, Sir., 46, 2, 655.

[[11] *bis*. Notamment en ce qui concerne le droit de prendre communication des livres de commerce de la société. Paris, 14 janvier 1893, Sir., 94, 2, 269. Cpr. en ce sens, et sous ce point de vue, pour la commandite simple, Bordeaux, 10 mars 1892, Sir., 92, 2, 319.]

femme, même commune en biens, ne saurait être considérée comme l'associée des associés de son mari [12].

Du reste, la disposition de l'art. 1861 ne s'oppose pas à ce qu'on puisse valablement stipuler que chaque associé sera autorisé à céder sa part d'intérêt sans le consentement des autres associés, et que par suite de cette cession, [régulièrement suivie, s'il y a lieu, du transfert de l'action nominative cédée [12] *bis*], il sera dégagé de l'obligation de contribuer aux dettes sociales, même antérieurement contractées. Mais une pareille clause ne pourrait être opposée aux tiers envers lesquels le cédant se trouvait engagé comme associé, si elle n'avait pas été portée à leur connaissance [13].

§ 381 *bis*.

Des droits des associés et de leurs créanciers personnels sur le fonds commun.

Le droit de copropriété compétant à chacun des associés est restreint, non seulement par celui de ses coassociés [1], mais encore par la destination à laquelle les objets communs sont affectés d'après le but de la société, ainsi que par la règle qui défend à l'un des associés de faire entrer un tiers dans la société sans le consentement des autres.

Il résulte de là qu'aucun des associés ne peut, avant la dissolution de la société, demander le partage des objets composant le fonds commun [2].

[12] Req. rej., 13 novembre 1860, Sir., 61, 1, 884.

[12 *bis*. Cass., 31 janvier 1887, Sir., 90, 1, 527.]

[13] Cpr. Paris, 18 janvier 1868, Sir., 69, 2, 105. Cet arrêt décide que la clause indiquée au texte est efficace au regard des tiers, sans même qu'il soit nécessaire qu'elle ait été portée à leur connaissance. Mais, sous ce rapport, la cour de Paris nous paraît avoir fait erreur. [Voy. dans le sens de la règle posée au texte, Douai, 18 juin 1883, sous Req., 2 juillet 1884, Sir., 1886, 1, 169.]

[1] Cpr. à cet égard, § 221.

[2] Zachariæ, § 380, note 6 *in fine*, et § 384, note 16. Req. rej., 5 juillet 1825, Sir., 26, 1, 413.

Il en résulte encore que, bien que chaque associé ait le droit de disposer de sa part indivise, soit dans le fonds commun tout entier, soit dans quelques-uns des objets qui en dépendent, le tiers au profit duquel une pareille disposition aurait eu lieu ne pourrait cependant, ni s'immiscer dans l'administration des affaires sociales, ni provoquer, avant la dissolution de la société, le partage du fonds commun.

Il en résulte que, si les créanciers personnels de l'un des associés sont autorisés à faire saisir et vendre, comme objet incorporel, la part d'intérêt de leur débiteur[3], l'adjudicataire de cette part ne pourra, pas plus qu'un cessionnaire, s'immiscer dans l'administration des affaires sociales, ni provoquer avant la dissolution de la société le partage du fonds commun.

Du reste, le cessionnaire ou l'adjudicataire de la part d'intérêt de l'un des associés serait autorisé, si ce dernier tombait dans une déconfiture complète, à demander la liquidation et le partage du fonds commun, en se prévalant de la dissolution de la société opérée par cet événement[4].

Les créanciers personnels de l'un des associés, bien qu'autorisés à saisir sa part d'intérêt comme telle, ne peuvent cependant mettre en vente sa part indivise dans les objets faisant partie du fonds commun avant le partage de ces objets. D'un autre côté, ils ne seraient pas admis, même après la dissolution de la société, à provoquer, par l'action *communi dividundo*, le partage isolé de ceux des objets dépendants de ce fonds, sur lesquels ils entendraient exercer leurs poursuites. L'acquéreur de la part indivise de l'un des associés dans un ou plusieurs objets déterminés faisant partie du fonds com-

[3] Paris, 2 mai 1811, Sir., 14, 2, 213. Paris, 13 août 1834, Sir., 34, 2, 674. Alger, 12 juin 1866, Sir., 67, 2, 46.

[4] § 8. *Inst. de societ.* (3, 25). Art. 1865. Merlin, *Quest.*, v° Société, § 9. Duranton, XVII, 445. Delangle, II, 659 à 661. Voy. en sens contraire : Pardessus, *Droit commercial*, II, 1065 et 1066 ; Troplong, II, 906 et 907. L'opinion de ces derniers auteurs est aussi contraire à l'esprit qu'à la lettre de l'art. 1865, qui dit que « la société *finit* par la déconfiture de l'un des associés ». Cpr. Paris, 3 juin 1825, Dalloz, 1826, 2, 118.

mun, ne pourrait pas davantage demander le partage isolé de ces objets. La seule action que les créanciers ou ayants cause de l'un des associés puissent intenter, soit en leur propre nom, soit du chef de ce dernier, est celle en partage du fonds commun comme tel, ou, en d'autres termes, l'action en liquidation de la société[5].

Chaque associé a le droit de se servir, pour son usage personnel, des choses qui font partie du fonds social, soit quant à la propriété, soit quant à la jouissance seulement[6], pourvu qu'il ne les détourne pas de la destination à laquelle ils sont affectés d'après le but de la société, et qu'il n'empêche pas ses coassociés d'en user également suivant leur droit. Art. 1859, nº 2. L'associé qui se servirait des choses communes contrairement à leur destination ou aux droits de ses coassociés, pourrait, selon les circonstances, être condamné à des dommages-intérêts envers ces derniers. Celui qui puiserait, dans la caisse sociale, une somme d'argent, pour l'employer à son usage personnel[7], en devrait même, de plein droit, les intérêts légaux, à compter du jour où il l'en aurait tirée[8], sans préjudice à de plus amples dommages-intérêts, s'il y avait lieu. Art. 1846, al. 2 et 3[9].

§ 382.

De l'administration des affaires sociales.

Les droits des associés, en ce qui concerne l'administration des affaires sociales, varient suivant qu'il existe

[5] Cpr. art. 2205 ; § 777.

[6] Ainsi, par exemple, un associé a le droit d'occuper une maison d'habitation appartenant à la société. Duranton, XVII, 414. Zachariæ, § 382, note 6.

[7] Un associé qui ne peut rendre compte de l'emploi d'une somme qu'il a tirée de la caisse sociale, doit, par cela même, être considéré comme l'ayant employée à son usage personnel. Zachariæ, § 382, note 7. Civ. rej., 23 mars 1813, Sir., 13, 1, 386.

[8] [Cass., 26 mars 1901, Sir., 01, 1, 216.] La Cour de Grenoble (4 mars 1826, Sir., 27, 2, 15) a étendu la disposition de l'art. 1846 aux loyers ou fermages dont l'un des associés serait débiteur envers la société.

[9] Cpr. sur cet article : § 380, texte nº 1, et notes 1 à 3.

un mandat exprès confié, pour cette administration, soit à un seul, soit à plusieurs des associés, ou qu'il n'existe pas de mandat de cette nature.

Dans la première hypothèse, le droit de gérer les affaires sociales, [ou d'exercer les actions sociales[1] *bis*], n'appartient qu'aux associés administrateurs, tant que dure le mandat qui leur a été conféré.

Si ce mandat a été donné par une clause du contrat de société, il ne peut, à la différence d'un mandat ordinaire, être révoqué, sans cause légitime, pendant le temps pour lequel la société a été contractée. Et l'associé qui l'a reçu peut, malgré l'opposition des autres associés, faire tous les actes qui rentrent dans l'administration du fonds commun, pourvu d'ailleurs qu'il agisse sans fraude.

Si, au contraire, le pouvoir d'administrer a été donné par une convention postérieure au contrat de société, ce pouvoir est révocable comme un mandat ordinaire, sans que cependant l'un des associés puisse le révoquer individuellement, et contre le gré de la majorité[1]. D'un autre côté, chaque associé conserve, sous la réserve des droits de la majorité, la faculté de s'opposer aux actes que l'administrateur se proposerait de faire. Art. 1856, al. 2. et arg. *a contrario* al. premier.

L'étendue des pouvoirs de l'associé administrateur et la nature des actes qu'il est autorisé à faire, se déterminent, à défaut de stipulation expresse dans la procuration qui lui a été donnée, d'après l'objet de la société et le but dans lequel elle a été contractée[2].

[1 *bis*. Par exemple l'action sociale en réparation du préjudice causé à la société par la faute de l'un de ses administrateurs, qui appartiendrait à chaque associé pour le même fait. Req., 9 juin 1874, Sir., 74, 1, 296.]

[1] Duvergier, n° 293. Delangle, I, 174. Voy. en sens contraire : Duranton ; XVII, 434 ; Troplong, II, 680.

[2] Ainsi, par exemple, l'associé gérant aura le pouvoir de vendre les objets mobiliers qui font partie du fonds social, si, d'après le but de la société, ils ont été destinés à être vendus. Il en sera autrement, si ces objets ont été mis en commun pour être loués ou employés à un autre usage. Ce serait à tort que l'on voudrait tirer de l'art. 1860 un argument *a contrario*, pour soutenir que l'associé chargé d'administrer peut, dans

Lorsque plusieurs associés ont été chargés de l'administration des affaires communes, sans que leurs fonctions aient été déterminées (*non divisis officiis*), ils sont autorisés à faire, chacun séparément, tous les actes de cette administration, à moins qu'il n'ait été stipulé que l'un des administrateurs ne pourrait agir sans le concours des autres. Dans ce cas, aucun des administrateurs ne peut agir seul et en l'absence des autres, lors même que ceux-ci seraient dans l'impossiblité actuelle de concourir à l'administration[3]. Art. 1857 et 1858. Le refus mal fondé, de la part de l'un des administrateurs, de concourir à un acte d'administration, peut constituer une faute, qui, selon les circonstances, le rendra passible de dommages-intérêts[4].

Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire, lorsqu'il n'existe pas de convention sur le mode d'administration, les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Art. 1859, al. 1.

Un associé ne peut cependant, en vertu de ce pouvoir présumé, et quel que soit d'ailleurs le but de la société, aliéner ni engager, sans le consentement des autres sociétaires, les objets même mobiliers dépendants du fonds commun[5]. Il ne peut pas davantage faire, sans ce

tous les cas, aliéner les meubles communs. Cpr. Duranton, XVII, 435, Zachariæ, § 382, note 2. [Cpr. Cass., 18 juin 1872, Sir., 73, 1, 19. Pau, 9 déc. 1874, Sir., 76, 2, 244.]

[3] Toutefois, s'il y avait urgence ou péril en la demeure, l'absence ou la maladie de l'un des associés chargés d'administrer n'empêcherait pas les autres de faire valablement les actes que nécessiteraient les circonstances. La clause dont s'occupe l'art. 1858 doit être appliquée *civiliter*, c'est-à-dire, sauf modification dans les cas extraordinaires. Maleville, sur l'art. 1858. Duranton, XVII, 438.

[4] L'étendue de la responsabilité se détermine, en pareil cas, d'après le principe posé par l'art. 1992, et d'après les règles développées au § 413. Voy. cep. note 10 *infra*. Cpr. § 380, texte, n° 4 ; § 308, note 28.

[5] L'associé, chargé de l'administration par un mandat exprès, ne peut aliéner les objets mobiliers qui font partie du fonds commun, qu'autant que cette aliénation est conforme au but de la société. Cpr. note 2 *supra*. En accordant à l'associé qui n'agirait qu'en vertu d'un mandat présumé le pouvoir d'aliéner, sous la même restriction, des objets de cette nature, on ferait disparaître l'opposition que l'art. 1860 a voulu établir.

consentement, d'innovations sur les immeubles sociaux, ni modifier l'objet de la société, quelque utilité qui doive, selon lui, résulter de ces changements[6]. Art. 1859, nº 4, et 1860.

D'un autre côté, chaque associé a la faculté de s'exposer aux opérations que ses associés auraient l'intention de faire, et d'en empêcher ainsi la consommation[7]. Art. 1859, al. 1er. Cependant, ce droit d'opposition est soumis au contrôle de la majorité, dont les résolutions lient la minorité[8], quand il ne s'agit que de la gestion des affaires sociales[9]. Une opposition évidemment mal fondée pourrait d'ailleurs, si elle avait empêché la conclusion d'une affaire avantageuse à la société, motiver une demande en dommages-intérêts contre l'associé opposant[10]. Que s'il y avait, de la part de l'un des associés, persistance à entraver, par une opposition systématique, la gestion des affaires sociales, les autres seraient autorisés à demander contre lui la dissolution de la société. Arg. art. 1871.

Enfin, chaque associé peut contraindre les autres à contribuer, dans la proportion de leurs mises, aux dépenses nécessaires pour la conservation des objets communs. Art. 1859, al. 3.

[6] Cpr. Toulouse, 30 mai 1828, Sir., 28, 2, 274 ; Civ. cass., 14 février 1853, Sir., 53, 2, 424 ; Orléans, 20 juillet 1853, Sir., 53, 2, 485.

[7] *In pari causa, melior est conditio prohibentis.* Zachariæ, § 382, note 5.

[8] Quand la majorité s'est prononcée, la maxime citée à la note précédente ne peut plus être invoquée par les associés opposants. Troplong, II, 721. Delangle, I, 129 à 132. Cpr. Civ. cass., 10 mars 1841, Sir., 41, 1, 357.

[9] Il en serait autrement, s'il s'agissait de modifier l'objet de la société, en étendant ou en restreignant le cercle des opérations en vue desquelles elle a été formée. Une pareille modification, touchant au pacte social même, ne pourrait avoir lieu sans le consentement de tous les associés. Civ. cass., 14 février 1853, Sir., 53, 1, 424. Orléans, 20 juillet 1853, Sir., 53, 2, 485. Civ. cass., 17 avril 1855, Sir., 55, 1, 652. [Cpr. toutefois § 379, texte et note 8 *tredecies*.]

[10] Arg. art. 1850 et 1992. Il semble cependant que la responsabilité de l'associé opposant doive, dans ce cas, être appréciée moins sévèrement que celle de l'administrateur qui, dans l'hypothèse prévue par l'art. 1858, aurait, par son refus injuste de concourir à un acte d'administration, causé quelque préjudice à ses associés. Cpr. texte et note 4 *supra* ; Duranton, XVII, 439 et 440.

Du reste, le mandat, exprès ou tacite, donné pour l'administration des affaires sociales, cesse de plein droit par la dissolution de la société [11].

§ 383.

Des obligations des associés à l'égard des tiers. — Du concours des créanciers sociaux et des créanciers personnels de chaque associé.

1° Les associés sont à considérer, quant à leurs engagements, envers les tiers, comme s'il n'existait entre eux aucun lien de société[1]. Leur qualité d'associés ne peut ni leur être opposée par les tiers, ni être invoquée par eux contre ces derniers. Art. 1165. De là résultent les conséquences suivantes :

a. Les engagements pris par l'un des associés, en son nom personnel, ne donnent aux tiers qui ont traité avec lui, aucune action directe contre les autres associés, encore que le résultat de ces engagements ait tourné à leur profit [2].

[11] Civ. cass., 4 février 1852, Sir., 52, 1, 245.

[1] Ce principe reçoit exception dans les sociétés universelles, en ce qui concerne les dettes qui tombent dans la société. Cpr. 379. Zachariæ, § 383, texte et note 1.

[2] Les règles sur la *versio in rem* sont étrangères à cette hypothèse, où le tiers a suivi la foi de l'associé avec lequel il a traité, et contre lequel il jouit d'une action juridiquement efficace : c'est évidemment dans cet esprit qu'a été rédigé l'art. 1864. Nous ajouterons que, si l'associé a versé dans le fonds commun ou employé à des opérations sociales les valeurs qu'il a reçues du tiers créancier, ce sera toujours dans l'alternative suivante : Ou bien, il n'aura fait que remplir une obligation à laquelle il était soumis envers ses associés ; et alors on ne peut pas dire qu'il y ait eu *versio in rem.* Req. rej., 13 mai 1835, Sir., 35, 1, 854. [Cpr. § 578. texte et note 9 *decies*.] Ou bien, l'emploi de ces valeurs l'aura constitué créancier de ses associés ; et, dans ce cas, le tiers jouira contre ces derniers de l'action indirecte ouverte par l'art. 1166, action dont l'effet restera cependant subordonné aux résultats de la liquidation de la société. Delvincourt, III, p. 225. Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, II, 250 et suiv. Troplong, II, 775 et suiv. Delangle, 1, 233. Civ. cass., 12 mars 1850, Sir., 50, 1, 257. Civ. cass., 16 février 1853, Sir., 53, 1, 209. Aix, 10 novembre 1854, Sir., 55, 2, 215. Voy. en sens contraire : Merlin, *Quest.*, v° Société,

b. Un associé ne peut, même en déclarant contracter pour le compte de la société, engager ses associés envers les tiers, si ce n'est en vertu et dans les limites du pouvoir, exprès ou présumé, qu'il a reçu ou qu'il est censé avoir reçu à cet effet. Art. 1862 [[2] *bis*].

c. A moins de stipulations contraires [[2] *ter*, dans l'acte par lequel les associés s'obligent vis-à-vis des tiers [2] *quater*], les engagements contractés par tous les associés ensemble, ou par l'un d'eux en vertu d'un pouvoir suffisant, lient chacun des associés pour une portion virile, et ne les lient que dans cette proportion[3], encore que leurs parts dans la société soient inégales[4]. Art. 1863,

§ 2 ; Duranton, XVII, 449 ; Duvergier, n° 404 ; Zachariæ, § 383, texte et notes 2 et 6. Cpr. aussi Req. rej., 18 mars 1824, Sir., 25, 1, 138.

[[2] *bis*. Voy. comme application de cette idée : Cass., 7 avril 1886, Sir., 1889, 1, 463, et Orléans (mêmes parties), 28 juillet 1887, Sir., 1890, 2, 42.]

[[2] *ter*. Voy. sur l'interprétation de ces stipulations : Cass., 21 février 1883, Sir., 84, 1, 361.]

[[2] *quater*. Cpr. sur cette exigence des arrêts analysés dans les notes 4 *bis* et suiv., la vigoureuse critique de M. Labbé, sous Req. 21 février 1883, Sir., 84, 1, 361. L'argumentation de M. Labbé repose essentiellement, tout au moins dans l'hypothèse où l'engagement a été contracté par les administrateurs de la société, sur l'idée que le mandat en vertu duquel ces administrateurs engagent les associés peut être, en droit, comme tout mandat, et a été, en fait, par la seule insertion dans l'acte de société de la clause sur laquelle nous raisonnons, limité à une certaine fraction de la fortune des mandants, autrement dit, à la mise des associés dans la société. Cpr. art. 1862 et 1864. Cette argumentation trouve d'ailleurs un appui dans l'art. 1855-2°, interprété *a contrario*. — Ces raisons, pour impressionnantes qu'elles soient, ne nous paraissent pas décisives. Il n'est peut-être pas d'une méthode très sûre de vouloir ramener à la mesure des règles de droit commun du mandat les textes du titre des sociétés : c'est oublier que, dans notre droit, société civile et mandat restent des contrats *nommés*, au sens romain du mot, ce qui implique le principe d'une réglementation, non seulement distincte pour chacun d'eux, mais encore incommunicable de l'un à l'autre. Cpr. la note de M. Esmein sous Trib. comm. Seine, 4 juin 1896, Sir., 99, 1, 217.]

[3] Si cependant l'obligation était indivisible, chacun des associés pourrait être poursuivi pour la totalité de la dette. Cpr. sur le principe énoncé dans le texte et sur cette exception : § 298 et 301. — Voy. aussi Code de commerce, art. 22.

[4] Duranton, XVII, 451. Zachariæ, § 383, texte et note 5. [Cass., 13 juin 1904, Sir., 06, 1, 385, Nancy, 6 avril 1905, Sir., 06, 2, 273, note

et arg. de cet article. [Les clauses de l'acte constitutif de la société qui auraient le même objet que les stipulations contraires susvisées, ne sauraient d'ailleurs équivaloir à ces stipulations elles-mêmes, encore que les tiers avec lesquels les associés auraient contracté eussent connu en fait, et, à plus forte raison, eussent simplement pu connaître lesdites clauses[4] *bis*. A plus forte raison, les clauses de l'acte constitutif de la société ne sauraient avoir, en aucun cas, pour effet, à elles seules, d'affranchir les associés de toute responsabilité envers les tiers au delà de leurs apports[4] *ter*. Il n'en serait autrement que si la société avait revêtu la forme anonyme[4] *quater*, ou si ces clauses, portées par les associés à la connaissance des tiers, avaient été acceptées par ces derniers[4] *quinquies*.]

Du reste, si les associés ne sont pas liés par l'effet seul des conventions que l'un d'eux a passées sans mandat de leur part, fût-ce même au nom de la société, ils peuvent cependant, dans cette hypothèse, être recherchés par les tiers avec lesquels cet associé a traité, [sur le fondement[4] *sexies* et par conséquent] dans la mesure de l'avantage qu'il aura, par suite d'une pareille convention, procuré à la société[5]. Et, dans ce cas, l'action qui compète

Wahl.] — Delvincourt (sur l'art. 1863) pense que le créancier pourrait, s'il le jugeait convenable, poursuivre chacun des associés dans la proportion de sa part sociale. Nous ne saurions partager cette opinion, qui est en opposition avec le principe général posé en tête du paragraphe, et suivant laquelle le créancier jouirait, en cas d'insolvabilité de l'un des associés, d'une faveur qu'il serait difficile de justifier.

[4 *bis*. Douai, 23 mars 1878, Sir., 78, 2, 305. Civ. cass., 13 juin 1904, Sir., 06, 1, 385, et la note Wahl.]

[4 *ter*. Req., 21 février 1883. Sir., 84, 1, 361 : note critique précitée de M. Labbé.]

[4 *quater*. Lyon, 8 août 1873, Sir., 74, 2, 105.]

[4 *quinquies*. Douai, 18 juin 1883, sous Cass., 2 juillet 1884, Sir., 86, 1, 169. Cass., 13 juin 1904, Sir., 06, 1, 385.]

[4 *sexies*. Et non pas sur le fondement de l'art. 1166. Nancy, 6 avril 1905, Sir., 06, 1, 273.]

5 L'action dont s'agit étant une véritable action *negotiorum gestorum*, qui compète aux tiers créanciers en leur propre nom, les associés contre lesquels elle est dirigée, ne peuvent opposer en compensation les sommes que leur devrait l'associé avec lequel les tiers ont traité.

aux tiers contre les autres associés, leur est donnée au regard de chacun d'eux, non plus pour une part égale, mais dans la proportion de sa part d'intérêt[6].

2° Les créanciers des associés obligés en cette qualité ne peuvent, comme tels, réclamer aucune préférence sur les objets composant le fonds commun, au préjudice des créanciers personnels de l'un des associés[7].

[6] L'action *negotiorum gestorum* n'étant donnée qu'en raison de l'avantage qu'une personne a retiré de la convention passée en son nom par un tiers dépourvu de mandat, on l'étendrait au delà de ses limites, si l'un ou l'autre des associés pouvait être recherché pour une somme supérieure au profit que la convention lui a procuré. Or, chaque associé n'en profite, en pareil cas, que dans la proportion de sa part d'intérêt. Duranton, XVII, 448 ; Zachariæ, § 383, texte et note 7. Req. rej., 18 mars 1824, Sir., 25, 1, 138.

[7] Nous n'entendons parler, ici, ni des sociétés commerciales proprement dites, ni même des sociétés civiles exceptionnellement revêtues du caractère de personnes juridiques. Comme, dans de pareilles sociétés, la propriété du fonds commun repose sur la tête de l'être moral de la société, il est bien évident que les créanciers sociaux ont, jusqu'à parfaite satisfaction, un droit exclusif de gage sur tout ce qui compose le patrimoine de cet être moral, leur débiteur. Mais, à moins d'admettre que les sociétés civiles ordinaires constituent également des personnes juridiques, on est forcé de reconnaître, en présence de l'art. 2093, que les créanciers des associés, comme tels, n'ont aucun droit de préférence sur leurs créanciers personnels. Chaque associé étant, même durant la société, copropriétaire actuel du fonds social, sa part dans ce fonds forme le gage commun de tous ses créanciers sans distinction, puisque aucun texte de loi n'autorise à accorder de privilège à ceux envers lesquels il se trouve obligé en sa qualité d'associé. Dans le système contraire, on arriverait à établir une véritable séparation de patrimoines, alors que cependant il n'existe pas de patrimoine social distinct des patrimoines des divers associés. En vain objecte-t-on que les divers associés n'ont rien à prétendre dans l'actif social, tant que le passif n'est pas entièrement couvert, et que les créanciers personnels de chaque associé ne peuvent avoir plus de droit que leur débiteur. Cette argumentation ne repose que sur une confusion évidente entre les rapports des associés entre eux, et les rapports des associés et des tiers. Il est vrai que l'associé, débiteur de ses coassociés, est tenu de précompter sur sa part dans l'actif, le montant des sommes par lui dues à ces derniers, et qu'il ne peut rien retirer de cet actif, tant qu'il n'est pas libéré envers eux. [Voy. § 385, texte et note 2 *ter*]. Mais ce principe, uniquement relatif aux dettes des associés les uns envers les autres, est complètement étranger à la question qui nous occupe, c'est-à-dire au règlement du concours des créanciers sociaux et des créanciers personnels de l'un des associés, sur le solde actif qui lui reviendra par suite

Réciproquement, les créanciers personnels de l'un des associés, ne peuvent demander à être payés, sur ses biens propres, par préférence aux créanciers de la société[8].

§ 384.

Des différentes manières dont finit la société.

1° La société finit de plein droit[1], et par rapport à tous les associés :

a. Par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée. Art. 1865, n° 1.

La prorogation conventionnelle d'une société contractée pour un temps limité, ne peut être prouvée que par les moyens à l'aide desquels il aurait été permis d'établir l'existence de la société elle-même[2]. Art. 1866.

de la liquidation de la société, question qui doit se résoudre par l'application de l'art. 2093. C'est ce qui est admis sans difficulté en matière de succession. En effet, si les créanciers personnels de l'un des héritiers soumis envers ses cohéritiers à une obligation de rapport, sont de plein droit primés par ces derniers sur les biens de la succession, ils n'en concourent pas moins, sur ces mêmes biens, avec les créanciers héréditaires ; et ce n'est que par une demande en séparation de patrimoines, que ces derniers peuvent empêcher ce résultat. Or, comme une pareille séparation ne se comprend pas en matière de société, la règle posée par l'art. 2093 n'est, sous ce rapport, susceptible d'aucune modification. Vincens, *Des sociétés par actions*, p. 6 et 7. Frémery, *Etudes de Droit commercial*, p. 32. Demangeat sur Bravard, *Traité de droit commercial*, I, p. 176, note 1. Zachariæ, § 383, texte et note 8. Voy. en sens contraire : Duranton, XVII, 457 ; Duvergier, n° 405 ; Troplong, II, 865, Paris, 10 décembre 1814, Sir., 15, 2, 79. Les deux premiers de ces auteurs, fondant exclusivement leur manière de voir sur cette idée que les sociétés, même purement civiles, constituent des personnes morales, nous nous bornerons à renvoyer au § 377 (texte et note 16), où nous croyons avoir suffisamment réfuté cette idée. M. Troplong présente des arguments d'un autre ordre, qui se résument dans l'objection que nous avons précédemment indiquée et combattue. Nous ajouterons que les textes de Droit romain qui lui servent de point de départ, n'ont réellement en vue que la garantie des intérêts respectifs des associés, et sont ainsi étrangers à la question.

[8] Civ. rej., 18 octobre 1814, Sir., 15, 1, 78.

[1] Merlin, *Quest.*, v° Société, § 9. Zachariæ, § 384, texte et note 1.

[2] [Cass., 18 déc. 1889, Sir., 93, 1, 467. Poitiers, 20 janvier 1909, Sir., 09, 2, 55.] Tel est le véritable sens de l'art. 1866, dont le but n'est pa

b. Par la consommation de l'affaire pour laquelle la société a été contractée[3]. Art. 1865, nº 2, et 1844.

c. Par la perte totale [[3] *bis*] du fonds commun. Art. 1865, nº 2 [[3] *ter*].

d. Par la perte totale de la chose qu'un des associés a mise en commun pour la jouissance seulement[4]. Art. 1867 al. 2. Cpr. art. 1851.

La perte par cas fortuit d'une chose formant, pour la propriété, l'objet de la mise de l'un des associés, entraîne la dissolution de la société, lorsqu'elle arrive avant que les associés en aient acquis la copropriété. Au contraire, la perte qui n'aurait lieu que postérieurement à cette

d'exiger que la convention de prorogation soit rédigée dans la même forme que le contrat originaire, mais simplement de proscrire la preuve testimoniale relativement à la prorogation de société, dans le cas où cette preuve n'aurait pas été admissible pour prouver l'existence de la société elle-même. Ainsi, on peut prouver, au moyen d'un acte sous seing privé, et même par l'aveu de la partie, la prorogation d'une société constatée par acte authentique. On peut même prouver par témoins la prorogation d'une société qui a été constatée par écrit, lorsque l'objet n'en dépasse pas la valeur de cent cinquante francs. Delvincourt, sur l'art. 1866. Duranton, XVII, 462. Zachariæ, § 384, texte et note 2. Civ. rej., 11 décembre 1825, Sir., 26, 1, 284. Civ. rej., 19 juillet 1852, Sir., 53, 1, 33.

[3] Cpr. Duranton, XVII, 461 ; Zachariæ, *loc. cit.* ; Bruxelles, 13 janvier 1810, Sir., 10, 2, 215.

[[3] *bis*. Cpr. comme hypothèse possible de perte totale du fonds commun par le fait du prince : Req., 30 avril 1900, Sir., 04, 1, 333. Cpr. § 378, note 4.]

[[3] *ter*. La réduction du capital social à un chiffre dont l'insuffisance met la société hors d'état de fonctionner, peut d'ailleurs être considérée comme équivalente à l'extinction de fonds, et, à ce titre, autoriser les juges à prononcer la dissolution de la société. Req. 16 juin 1873, Sir., 73, 1, 386. Il semble qu'il y ait quelque différence entre la formule dont nous nous servons au texte, et que nous empruntons à la Cour de Besançon, et la formule plus étroite de la Chambre des requêtes, qui paraît exiger, pour sanctionner la dissolution de la société, la réduction du capital social à un chiffre *insignifiant*, et non pas seulement *insuffisant* pour le fonctionnement de la société.]

[4] La raison en est que l'associé, en s'engageant à mettre en commun la jouissance d'une chose, promet une jouissance qui devra continuer pendant toute la durée de la société, et se trouve, du moment où cette chose vient à périr, dans l'impossibilité de remplir son engagement. Pothier, nº 141. Duranton, XVII, 466 et 467.

époque, serait sans influence sur l'existence de la société[5]. Art. 1867, al. 1.

Lorsque la mise d'un associé comprend plusieurs choses, la perte de quelques-unes d'entre elles n'entraîne pas, de plein droit, la dissolution de la société ; mais elle peut, si la valeur des choses qui ont péri est d'une certaine importance en comparaison de la valeur de celles qui restent, motiver, selon les circonstances, une demande en dissolution de la société[6].

[5] La rédaction équivoque du premier alinéa de l'art. 1867 a donné lieu à des difficultés sur le véritable sens de la disposition qu'il renferme. Il nous paraît certain, d'une part, que les expressions *avant que la mise en soit effectuée*, ont été employées comme équivalentes des expressions *avant que la propriété en ait été apportée*, et, d'autre part, que le législateur, en se servant de cette dernière locution, n'a pas entendu déroger au principe général de la transmission de la propriété par le seul effet des conventions. Cpr. §§ 174 et 207. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 384, note 5. Nous hésitons d'autant moins à adopter cette manière de voir, qu'il résulte des observations du Tribunat (cpr. Locré, *Lég.*, XIV, p. 510, n° 10), qui ont amené la rédaction définitive de l'art. 1867, que l'on a simplement voulu indiquer les conséquences qu'entraîne, relativement à la dissolution de la société, la règle *Res perit domino*, et non fixer l'époque à laquelle la copropriété de la chose formant la mise de l'un des associés, devait être considérée comme acquise aux autres associés. D'après cette interprétation, le premier alinéa de l'art. 1867 ne devient applicable que dans les hypothèses où, par exception, la copropriété n'est pas transmise par le seul effet du contrat de société. C'est ce qui a lieu, par exemple : 1° lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun une chose dont il n'est point encore propriétaire, et qui vient à périr avant que cet associé n'en ait acquis la propriété ; 2° lorsque la condition sous laquelle un des associés a promis d'apporter une chose dans la société, ne se réalise que postérieusement à la perte de cette chose ; 3° lorsque la société a été contractée sous une condition, ou avec stipulation qu'elle ne commencerait qu'à une certaine époque, et que la chose promise par l'un des associés a péri avant cette époque ou avant l'accomplissement de la condition. Art. 1182. Cpr. en sens divers sur l'interprétation de l'art. 1867 : Toullier, VII, 458 ; Duranton, XVII, 467 ; Bravard, *Manuel de droit commercial*, p. 92; Delvincourt, III, p. 233; Duvergier, n°s 425 et suiv. ; *Dissertation* de M Gougeon, *Revue bretonne*, I, p. 54 ; *Dissertation* de M. Etienne, *Revue étrangère*, VIII, p. 353 ; Troplong, II, 925 et suiv.

[6] Arg. art. 1601 et 1722. Cpr. L, 63, § *ult. D. pro soc.* (17, 2). Maleville sur l'art. 1855, n° 2. Toullier, VII, 461. Delvincourt, sur l'art. 1867. Zachariæ, § 384, texte et note 7.

e. Par la mort de l'un des associés [6 *bis*]. Art. 1865, nº 3. Il importe peu, à cet égard, que la société ait été contractée pour une durée illimitée, ou pour un temps déterminé[7].

Il peut être convenu [expressément ou implicitement 7 *bis*], par dérogation à la règle posée au nº 3 de l'art. 1865, que la société continuera [ou pourra continuer 7 *ter*] avec les héritiers de l'associé qui viendrait à décéder; et cette clause devrait recevoir son exécution malgré la minorité des héritiers[8]. [Il y a plus : il pourrait résulter

[6 *bis*. Sauf ce qui va être dit de la possibilité de la continuation de la société après le décès. Voy. sur les conséquences de cette possibilité, sur le caractère de la dissolution : Toulouse, 26 avril 1875, sous Cass., 20 janvier 1880, Sir., 81 , 1, 201.]

[7] Delvincourt, sur l'art. 1865. Zachariæ, § 384, note 8.

[7 *bis*. Notamment dans l'hypothèse où la clause de continuation résulterait implicitement de la nature et de l'objet de la société. Req. 23 octobre 1906, Sir., 08, 1, 177, et la note de M. Hémard, sur la distinction de la continuation implicite et de la simple continuation de fait de la société.]

[7 *ter*. Cpr. sur l'option ouverte en pareil cas à l'héritier, et sur l'exercice de cette option : Cass., 24 déc. 1877, Sir., 1878, 1, 321. Amiens 18 février 1878, Sir., 78, 2, 97.]

[8] Duranton, XVII, 473 ; Troplong, II, 954. Bordeaux, 29 juillet 1862, Sir., 63, 2, 31. [Req. 2 mars 1885, Sir., 85, 1, 362, et le rapport très étudié de M. le conseiller Babinet (cet arrêt vise l'hypothèse d'une société en nom collectif). Req., 10 mars 1885, Sir., 86, 1, 410 (hypothèse de société civile). Paris, 7 avril 1887, Sir., 88, 2, 145 (hypothèse de société en nom collectif).] Voy. en sens contraire : Duvergier, nº 440. [Note Lyon-Caen, sous l'arrêt précité de la cour de Paris, du 7 avril 1887. Dans cette note, M. Lyon-Caen n'admet la solution formulée au texte qu'autant que l'héritier mineur est émancipé, et, s'agissant d'une société commerciale, autorisé à faire le commerce dans les termes de l'art. 2 du Code de Comm. D'après l'éminent jurisconsulte, l'art. 1868, en autorisant la clause de continuation de la société avec les héritiers de l'associé décédé, sans distinguer entre les héritiers majeurs et les héritiers mineurs, ne peut implicitement viser ces derniers qu'autant qu'ils sont émancipés et, s'il y a lieu, autorisés à faire le commerce. Cpr. fr. 24, Dig. *de Legibus*. I, 3.] Cpr. Civ. cass., 10 novembre 1847, Sir., 48, 1, 5. [Mais il est bien entendu que la continuation de la société avec l'héritier mineur ne saurait priver celui-ci du bénéfice d'inventaire. Req. 2 mars 1885, précité. Nous reconnaissons d'ailleurs que le maintien du bénéfice d'inventaire, tout au moins si l'on admettait qu'il s'applique aux dettes sociales à venir, rendrait bien difficile la continuation avec un héritier mineur, tout au moins de la société en nom collectif. Voy. sur ce point les observations

de l'attitude, lors du décès, des héritiers d'un associé prédécédé, qui laisseraient l'associé survivant continuer l'exploitation des affaires de la société sans changement apparent, qu'ils dussent être considérés, au moins vis-à-vis des tiers, comme associés eux-mêmes[8] *bis*.]

On peut aussi convenir que la société continuera à l'exclusion des héritiers de l'associé prémourant, entre les associés survivants. Dans ce cas, les héritiers de l'associé décédé n'ont droit, [toutes choses égales d'ailleurs[8] *ter*], qu'au partage du fonds commun dans l'état où il se trouvait au décès de leur auteur, et ne participent pas aux bénéfices faits ultérieurement par les associés survivants, à moins que ces bénéfices ne soient une suite nécessaire d'opérations entamées avant la mort de l'associé auquel ils succèdent. Art. 1868.

[Il peut, d'ailleurs, être convenu, dans le même ordre d'idées, que les associés survivants auront l'option entre la continuation de la société avec l'héritier du prédécédé, la liquidation de la société, ou le payement audit héritier, pour le remplir de ses droits, d'une somme à fixer sur la base du dernier inventaire. Il y a là, pour les associés, une obligation alternative, subordonnée à la condition casuelle du décès de l'associé pendant la durée de la société[8] *quater*].

f. Par l'interdiction légale ou judiciaire[9], la décon-

de M. Lyon-Caen, dans la note analysée ci-dessus.] — La clause par laquelle il a été stipulé qu'au décès de l'un des associés, il sera, de plein droit, remplacé par un de ses enfants dénommé, ne lierait pas ce dernier qui y serait resté étranger, alors même qu'il aurait accepté la succession de son père. Caen, 10 novembre 1857, Sir., 59, 2, 35.

[[8] *bis*. Bordeaux, 18 nov. 1907, Sir., 08, 2, 295.]

[[8] *ter*. Le droit des héritiers de l'associé décédé pourrait se trouver conventionnellement réduit au retrait de sa mise de fonds, sans qu'ils puissent prétendre à une part de la réserve sociale. Dijon, 22 janvier 1877, Sir, 80, 2, 104.]

[[8] *quater*. Cass., 20 juin 1887, Sir., 1890, 1, 515.]

[9] La nomination d'un conseil judiciaire à l'un des associés n'entraîne pas de plein droit, comme l'interdiction, la dissolution de la société. Voy. en sens contraire : Duranton, XVII, 474; Zachariæ, § 384, note 10. — Mais elle peut, suivant les circonstances, autoriser une demande en dissolution. Art. 1871. Delvincourt, sur l'art. 1865, n° 4.

fiture, la faillite[10] [ou la liquidation judiciaire [10] *bis*] de l'un des associés. Art. 1865, nº 4.

La faillite de l'un des associés entraînant de plein droit la dissolution de la société, le concordat qu'obtiendrait cet associé, n'aurait pas pour conséquence de faire revivre la société[11] [Pareillement et pour la même raison, l'effet de commerce expédié à la société, dans l'ignorance où était l'expéditeur de la faillite de l'associé, ou de la dissolution de la société, reste la propriété de cet expéditeur[11] *bis*].

D'ailleurs, cette cause de dissolution ne reposant pas sur un motif d'ordre public, il est permis de stipuler que la société continuera malgré la faillite de l'un des associés[12]. [Réserve faite de la question de la preuve de ladite convention[12] *bis*, et pourvu, bien entendu, s'agissant de l'associé tombé en faillite ou mis en liquidation judiciaire, que ladite convention soit antérieure à la faillite ou à la mise en liquidation judiciaire[12] *ter*].

[*g.* Par le mariage de l'un des associés avec l'autre, tout au moins pour les personnes qui n'admettent pas la validité des sociétés entre époux[12] *quater.*]

2º Indépendamment des causes qui viennent d'être énumérées, et par suite desquelles la société finit de plein droit, celle-ci peut encore se dissoudre, suivant les circonstances, soit par la volonté seule de l'un des associés, soit par une demande en justice qu'il formerait à cet effet.

a. Chaque associé jouit de la faculté de faire cesser à

[10] Merlin, *Quest.*, vº Société, § 9. Duranton, XVII. 474. Zachariæ, § 384, note 11. [Cass., 4 août 1880, Sir., 81. 1, 56. Poitiers, 26 déc. 1892, Sir., 94, 2, 297. Grenoble, 1er mai 1894, Sir., 94, 2, 277.] Cpr. § 381 *bis*, texte et note 4.

[10 *bis*. Poitiers, 26 déc. 1892, Sir., 1894. 2, 297.]

[11] Paris, 5 janvier 1853, Sir., 54, 2, 341.

[11 *bis*. Cass., 4 août 1880, Sir., 81, 1, 56.]

[12] Arg. art. 1868. Orléans, 29 août 1844, Sir., 54, 2, 341, à la note. [Req. 10 mars 1885, Sir., 1886, 1, 410. Poitiers, 26 déc. 1892, Sir., 1894, 2, 297. Grenoble, 1er mai 1894, Sir., 1894, 2, 277.]

[12 *bis*. Grenoble, 1er mai 1894, Sir., 94, 2, 277.]

[12 *ter*. Poitiers, 26 déc. 1892, Sir., 94, 2, 297.]

[12 *quater*. Dijon, 27 juillet 1870, Sir., 71, 2, 268. Paris, 9 mars 1859, Sir., 59, 2, 502. Voy. § 377, note 1 *bis*.]

toute époque la société, lorsque la durée n'en a pas été fixée par la convention, et ne se trouve pas limitée par la nature même de l'entreprise qui en forme l'objet[13]. Art. 1865, n° 5, et 1844. Sous ce rapport, on doit considérer comme une société à durée illimitée, celle qui a pour objet des opérations dont le terme est indéfini, comme cela a lieu pour l'exploitation d'une mine[14].

Les parties ne peuvent pas, d'une manière absolue, s'interdire la faculté de demander la dissolution de la société contractée pour une durée illimitée[15]. Mais il leur est loisible de remplacer cette faculté par un moyen équivalent de sortir d'indivision, par exemple, en stipulant, pour chacun des associés, le droit de céder son intérêt à un tiers, qui entrerait dans la société en son lieu et place[16].

L'associé qui veut user de la faculté de faire cesser la société, doit notifier à tous ses associés[17] une renoncia-

[13] Zachariæ, § 384, texte et note 5. — M. Duranton (XVII, 476) soutient que suivant l'art. 1865, n° 5, chaque associé a la faculté de demander la dissolution de la société, toutes les fois que le terme n'en a pas été expressément fixé par les parties, et notamment dans l'hypothèse où elle a été contractée, sans fixation de terme, pour une entreprise d'une durée même limitée. Il fonde son opinion sur un rapprochement qu'il établit entre les mots *société à terme*, et les expressions *terme convenu*, dont se sert l'art. 1871. Mais, en raisonnant ainsi, cet auteur oublie qu'un terme peut être fixé, non seulement d'une manière expresse, mais encore d'une manière tacite ou présumée, et que, d'après la disposition de l'art. 1844, il en est ainsi notamment dans l'hypothèse ci-dessus rappelée. D'ailleurs, en opposant les sociétés qui sont censées contractées pour toute la vie des associés, à celles qui ont pour objet une affaire d'une durée limitée, l'art. 1844 ne rappelle la faculté mentionnée à l'art. 1869 que relativement aux sociétés de la première espèce, et indique nettement, par cela même, que cette faculté ne s'applique point aux autres.

[14] Civ. rej., 1er juin 1859, Sir., 61, 1, 1113.

[15] Troplong, II, 973 ; Delangle, II, 667. Voy. cep. Lyon, 12 août 1828, Sir., 28, 2, 285 ; Civ. rej., 1er juin 1859, Sir., 61, 1, 113.

[16] Civ. rej., 6 décembre 1843, Sir., 44, 1, 22. Cpr. Troplong, II, 971.

[17] Si la renonciation n'était pas notifiée à tous les associés, ceux mêmes auxquels elle aurait été notifiée, pourraient la tenir pour non avenue. Mais l'associé qui l'aurait fait signifier, ne serait pas admis à la critiquer : il aurait libéré ses associés envers lui, sans se libérer envers eux. Cpr. L. 65, § 3, D. *pro soc.* (17, 2). Delvincourt, sur l'art. 1869 ; Duranton, XVII, 477.

tion, qui n'est efficace qu'autant qu'elle a lieu de bonne foi, et qu'elle n'est pas faite à contre-temps [17 *bis*]. La renonciation ne serait pas de bonne foi, si l'associé la faisait dans la vue de s'approprier à lui seul le profit que l'on s'était proposé de réaliser en commun. Elle serait faite à contre-temps, si, les choses n'étant plus entières, il importait aux autres associés que la dissolution de la société fût différée [18]. Art. 1869 et 1870.

b. Quant aux sociétés dont la durée est limitée, soit par une convention expresse, soit à raison de la nature de l'entreprise, les associés ne peuvent individuellement les faire cesser qu'au moyen d'une demande en dissolution, fondée [sur de justes motifs], par exemple, sur ce qu'un ou plusieurs associés auraient manqué à leurs engagements [19], ou sur ce que des infirmités habituelles les rendraient inhabiles aux affaires de la société [20], [ou encore sur ce qu'il existerait entre eux des causes graves de mésintelligence [20] *bis*]. La légitimité et la gravité des motifs allégués à l'appui d'une pareille demande, sont abandonnés à l'appréciation du juge [20 *ter*]. Art. 1871. Il en est de même de la fixation de la date de la dissolution [20] *quater*.]

[Ni la clause des statuts qui interdirait aux associés de former une action contre la société, sans avoir pris

[17 *bis*. Cpr. Lyon, 1er déc. 1898, Sir., 99, 2, 265. et la note 1 du § 378 *in fine*.]

[18] Cpr. L. 65, §§ 3, 4 et 5, D. *pro soc.* (17, 2).

[19] Cpr. Req. rej., 27 mars 1844, Sir., 45, 1, 212. [Req. 15 nov. 1876, Sir., 78, 1, 251. Req., 21 février 1888, Sir., 88, 1, 152. Cpr. art. 1184 et § 302, texte et notes 79 et suiv.]

[20] [Cass., 16 nov. 1886, Sir., 88, 1, 423. Cpr. § 380, note 4 *bis*.] On ne peut renoncer d'avance à la faculté de demander la dissolution de la société *ex justa causa*. L. 14, D. *pro soc.* (17, 2). Zachariæ, § 384, note 16 *in fine*.

[20 *bis*. Lyon, 12 janvier 1882, Sir., 82, 2, 118.]

[20 *ter*. Cpr. Cass., 16 juin 1873, Sir., 73, 1, 286. Cass., 15 mars 1881, Sir., 81, 1, 221. Cass., 21 février 1888, Sir., 88, 1, 152. Seine, 4 février 1889, Sir., 89, 2, 47. Cass., 4 février 1895, Sir., 95, 1, 120. Cass., 11 nov. 1896, Sir., 97, 1, 8. Cass., 24 janvier 1899. Sir., 1900, 1, 10. Cass., 25 janvier 1904, Sir., 10, 1, 142.]

[20 *quater*. Cass., 16 mars 1891, Sir., 92, 1, 10.]

l'avis de l'assemblée générale, ni celle aux termes de laquelle la dissolution de la société doit être prononcée par l'assemblée générale des actionnaires, ne sauraient faire échec au droit des associés d'invoquer l'art. 1871 [20] *quinquies*.

[La dissolution anticipée de la société n'entraîne point par elle-même, toutes choses égales d'ailleurs, à l'égard des associés, la déchéance du terme [20] *sexies*.]

§ 385.

Du partage du fonds social après la dissolution de la société.

Après la dissolution de la société, [mettant fin aux opérations sociales[1] *bis*], chaque associé a le droit de demander le partage du fonds social, provenant, soit des mises des associés, soit d'acquisitions ou de bénéfices faits en commun.

Pour établir la consistance du fonds social, les associés, se rendent réciproquement raison de ce qu'ils peuvent se devoir d'après les règles exposées aux §§ 380 et 381.

D'un autre côté, chaque associé a le droit de reprendre en nature, avant tout partage, les objets qu'il n'avait mis en commun que pour la jouissance. Si ces objets ont péri ou ont été détériorés sans la faute des autres associés, celui qui les a apportés n'a droit à aucune indemnité[1]. Art. 1851, al. 1. Il en est cependant autrement, lorsqu'il s'agit, soit de choses dont on ne peut user sans les consommer naturellement ou civilement, soit de choses qui, d'après une convention expresse, ou d'après leur nature

[[20] *quinquies*. Seine, 4 février 1889, Sir., 89, 2, 47. (Compagnie du Canal de Panama).]

[[20] *sexies*. Dijon, 29 janvier 1878, Sir., 79, 2, 285.]

[[1] *bis*. Voy. comme application Cass., 25 août 1879, Sir., 81, 1, 447. Voy. aussi Cass., 2 février 1887, Sir., 88, 1, 57 et Cass., 10 mai 1887, Sir., *ibid.*]

[1] Il en est ainsi, quand même il s'agit de choses qui se détériorent peu à peu par l'usage auquel elles sont destinées. Cpr. art. 589. Voy. aussi la note suivante.

et le but de la société, étaient destinées à être vendues [2]. Dans ces deux cas, l'associé a droit au prélèvement de la valeur, au moment de la dissolution de la société, [des] choses qui ont péri, et à une indemnité à raison des détériorations qu'auraient subies celles qui existent encore. Art. 1851, al. 2. Du reste, les propositions qui précèdent sont étrangères à l'hypothèse où des objets quelconques, mis en commun pour la jouissance seulement, ont été apportés sur estimation. Dans ce cas, l'associé qui les a apportés, a toujours droit au prélèvement du prix d'estimation, et ne peut jamais répéter que ce prix. Art. 1851.

La masse commune se partage, entre les associés, dans la proportion de leurs parts dans les bénéfices.

Les règles prescrites en matière de partage de successions, régissent également la forme, la validité, et les effets des partages de sociétés [2 *bis*]. Art. 1872.

On doit également y appliquer les dispositions [de l'art. 829 sur le rapport des dettes 2 *ter* et celles] des

[2] Il ne faut pas confondre les choses qui se détériorent peu à peu par l'usage, et celles qui se détérioreront en les gardant, indépendamment de tout usage qu'on en ferait. Ces dernières seules sont aux risques de la société, qui est censée avoir reçu la faculté d'en disposer, quoiqu'elles n'aient été apportées dans la société que pour la jouissance. Ces choses doivent donc être assimilées à celles qui ont été destinées à être vendues en vertu d'une convention expresse. Cette interprétation des termes *choses qui se détériorent en les gardant*, est la seule qui s'accorde avec les principes généraux, et qui mette en harmonie les deux premiers alinéas de l'art. 1851. Cpr. *Discussion au Conseil d'Etat* (Locré, *Lég.*, XIV, p. 498, n° 19) ; Delvincourt, III, p. 228 ; Zachariæ, § 385, note 3. Voy. en sens contraire : Duranton, XVII, 409.

[2 *bis*. L'effet déclaratif du partage remontant même à la date de la constitution de la société (cpr. § 221, texte, à la note 5), à supposer d'ailleurs que cette société ne constitue pas une personne morale. Cass., 9 mars 1886, Sir., 88, 1, 241. (Il s'agit, dans cette espèce, d'une société de fait, mais nous pensons, avec M. Labbé, que, dans la doctrine formulée par l'arrêt, la solution aurait été la même pour la société civile régulière, qui était considérée, à cette date (cpr. § 377, note 17 *bis*) comme dépourvue de la personnalité morale).]

[2 *ter*. Civ. cass., 8 février 1882, Sir., 1882, 1, 224. Orléans, 14 mars 1883, Sir., 1883, 2, 159. Civ. cass., 6 août 1895, Sir., 1899, 1, 462. — Voy., sur le principe et le caractère de cette extension du rapport des dettes à l'indivision sociale, § 627, addition à la note 3.]

art. 887 et suiv. sur la rescision des partages de successions[3].

Mais on ne doit étendre aux partages de sociétés, ni la disposition de l'art. 841 sur le retrait successoral[4], ni la pénalité édictée par l'art. 792[5], [ni, d'une façon générale, les règles du partage des successions qui ne s'expliquent que par la qualité de cohéritiers des copartageants, et par les obligations qui résultent de cette qualité. C'est ainsi que la disposition de l'art. 856, relative au point de départ des intérêts des sommes dues par un cohéritier à un autre, ne s'appliquent pas aux dettes d'un associé envers ses associés. Ces dettes restent régies, sous ce point de vue, par le droit commun de l'art. 1153[5] *bis*].

Lorsque le partage du fonds social a été consommé sans opposition de la part des créanciers personnels de l'un des associés, il ne peut, comme le partage d'une succession, être attaqué pour cause de fraude, qu'à la condition par les créanciers de prouver l'existence d'un concert frauduleux arrêté entre tous les associés[6]

[3] La rédaction primitive de l'art. 1872 refusait aux associés l'action en rescision pour cause de lésion; mais cette partie de l'article fut retranchée sur les observations du Tribunat. Voy. Locré, *Lég.*, XIV, p. 511, n° 11. Voy. aussi : *Exposé de motifs*, par Treilhard (Locré, *Lég.*, XIV, p. 527, n° 32.)

[4] Cpr. § 359 *ter*, texte *in fine*, et note 4 4.

[5] Bravard, *Traité de droit commercial*, I, p. 477. Marcadé, *Revue critique*, 1852, II, p. 77. Angers, 22 mai 1851, Sir., 51, 2, 599. Toulouse 2 juin 1862, Sir., 63, 2, 41. Civ, rej., 28 août 1865, Sir., 65, 1, 453. [Cpr. Cass., 20 janvier 1885, Sir., 85, 1, 299.]

[5 *bis*. Cass., 24 février 1879, Sir., 79, 1, 169.]

[6] Cpr. § 313, texte n° 2, lett. *e*. Si l'on devait interpréter l'art. 882 en ce sens, que l'absence d'opposition au partage forme obstacle à ce qu'il puisse être attaqué, même pour cause de fraude concertée entre tous les héritiers, on se trouverait amené à examiner la question de savoir si la disposition de cet article est susceptible d'être étendue aux partages de sociétés ; et la solution négative de la question ainsi posée nous paraîtrait préférable. Voy. en ce sens : Duvergier, n° 475 ; Troplong, II, 1061 ; Delangle, II, 706; Zachariæ, § 335, texte et note 9; Req. rej., 20 novembre 1834, Sir., 35, 1, 131; Req. rej., 6 juillet 1866, Sir., 66, 1, 361. [Civ. cass., 17 nov. 1890, Sir., 94, 1, 399. Req., 28 mai 1895, Sir., 95, 1, 385 (note critique de M. Lyon-Caen, sur la rédaction de l'arrêt : M. Lyon Caen conclut à l'inutilité de l'application de l'art. 882 à l'hypothèse d'un

[Mais l'opposition formée par un créancier personnel de l'un des associés, valant saisie-arrêt, empêche que l'associé débiteur puisse disposer de ses droits dans l'actif de la société en liquidation [6] *bis*].

[§ 385 *bis*.]

[*Du contrat d'association.*]

[SOURCES : Loi du 1er juillet 1901. Loi du 21 mars 1884. Loi du 1er avril 1898. — BIBLIOGRAPHIE. Pichon, *Des caractères distinctifs des associations soumises à la loi du 1er juillet 1901*, Paris, 1905, 8°. Hayem *Étude historique et critique sur les sociétés civiles*, Paris, 1912. 8°.]

[1° L'association est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun, d'une façon permanente [1], dans un but autre que celui de partager des bénéfices [2], leurs connaissances ou leur activité, et, s'il y a lieu, les moyens matériels que suppose le but qu'elles se sont assigné [3]. Loi du 1er juillet 1901, art. 1, 2, 3.

partage, même de succession ou de communauté, frappé par l'art. 447 du Code de commerce. Cpr. § 626, note 46 *ter*). Cpr. § 133, texte n° 2, lettre *e*, note 36]. Voy. en sens contraire : Paris, 13 juin 1807, Sir., 7, 2, 719.

[6 *bis*. Civ. cass., 18 juillet 1899, Sir., 1900, 1, 27. Cpr. § 626, note 58 *quinquies*.]

[1 Cette précision a été ajoutée au texte primitif pour maintenir la distinction entre l'*association* et la *réunion*. Voy. Pichon, *op. cit.*, p. 69. — Avant la loi de 1901, la question s'était présentée dans des hypothèses qui seraient manifestement aujourd'hui des hypothèses d'association. V. Crim. rej. 25 juin 1881, Dall., 81, 1, 446, et Orléans, 30 mars 1886, Dall., 87, 2, 118. Elle pourrait se présenter aujourd'hui pour les comités d'exposition. Voy. Paris, 12 nov. 1889, Sir., 90, 2, 243. Toulouse, 30 juillet 1906., Sir., 09, 2, 89, et la note de M. Perreau, qui soulève précisément la question de la nature du groupement du comité d'une exposition : l'affaire ne présentait d'ailleurs rien de pareil, s'agissant de la validité d'une transaction pour avarie d'un tableau d'Isabey, appartenant à la ville de Toulouse. L'arrêt précité de Paris, 12 nov. 1889, refuse le droit d'ester en justice au représentant d'un comité pour exposition à l'étranger.]

[2 Au sens de l'art. 1832. Pichon, page 72.]

[3 Pichon, p. 87.]

L'association est actuellement régie par les titres 1 et 2 de la loi du 1er juillet 1901 [4].

Ce contrat exige, comme conditions essentielles à son existence :

1° Le consentement valablement donné[5] des parties. Ce consentement doit porter sur tous les éléments constitutifs du contrat.

2° Un but licite[6].

3° L'absence de bénéfices au sens de l'art. 1832.

Il suit de cette dernière condition qu'on peut et qu'on doit considérer comme constituant, en eux-mêmes[7],

[4 Nous indiquons à la note 6 *infra* un certain nombre de textes qui régissaient, avant la loi du 1er juillet 1901, certaines associations déterminées, et qui, par conséquent, en impliquaient la validité. Mais, en dehors de ces textes, et des associations qu'ils visaient, la liberté d'association n'existait pas. Quand l'association comprenait plus de vingt personnes, elle ne pouvait se constituer et fonctionner qu'avec l'autorisation administrative, qui pouvait être discrétionnairement refusée ou subordonnée à certaines conditions. C'est ce qui résultait des art 291 et suiv. du Code pénal. — L'autorisation administrative n'intervenait, d'ailleurs, que pour permettre aux associés de se réunir sans enfreindre la loi pénale; au point de vue civil, les associations restaient sous l'empire des règles de droit commun de l'indivision, à moins que l'association n'eût été reconnue comme établissement d'utilité publique, par décret rendu en Conseil d'État. — Quant à la situation des congrégations religieuses, elle était toute différente. Supprimées d'une façon générale par les lois du 13 février 1790 et du 18 août 1792, elles vécurent, depuis le commencement du XIXe siècle, sous un régime de tolérance, amélioré pour certaines d'entre elles par les dispositions du décret du 3 messidor an XII ou de la loi du 2 janvier 1817, temporairement interrompu par les décrets du 29 mars 1880, dont la validité fut, à cette époque, passionnément discutée. Voy. les notes au recueil de Sirey, 1881, 2, 193 et 207, et 3, 81.]

[5 En maintenant comme nous l'avons fait § 377, texte et note 1 *bis*, la distinction de la société civile et de l'association, nous échappons à la difficulté que soulèverait, en ce qui concerne l'association, la prohibition de la société entre époux. Voy. sur cette prohibition § 377, texte et note 1 *ter*. Les époux restent donc, selon nous, pleinement libres de faire partie de la même association.]

[6 Les discussions les plus confuses se sont engagées, à la Chambre des Députés, sur les différentes formules dont se sert, dans cet ordre d'idées, l'art. 3 de la loi .Voy. Sirey, *Lois annotées*, 1902, p. 249 et suiv.]

[7 L'art. 21 de la loi du 1er juillet 1901 abroge expressément différents

des associations, — non seulement les groupements permanents de personnes qui ne poursuivent aucun but

textes, qui régissaient avant sa promulgation certains groupements licites ou illicites. Il maintient au contraire expressément la législation antérieure applicable à deux autres espèces de groupements constituant des associations, les syndicats professionnels, régis par la loi du 21 mars 1884, et les sociétés de secours mutuels, régies par la loi du 1er avril 1898. Mais il ne dit rien de la législation antérieure faite pour d'autres groupements de même nature, les associations d'enseignement supérieur (lois du 12 juillet 1875 et du 13 mars 1880) et les sociétés de courses (loi du 2 juin 1891). De là une double question : 1° celle de savoir si le maintien certain des lois de 1884 et de 1898 pour les syndicats professionnels et les sociétés de secours mutuels exclut, par lui-même, l'application de la loi de 1901 aux syndicats professionnels et aux sociétés de secours mutuels qui préféreraient, depuis la loi de 1901, se constituer dans les termes et fonctionner avec les caractères de la loi de 1901, les syndicats, notamment, pour échapper à certaines prohibitions gênantes de la loi de 1884 quant à la détermination des personnes aptes à faire partie du syndicat ou à constituer un syndicat; 2° celle de savoir si les lois de 1875 et de 1880 sur les associations d'enseignement supérieur, la loi de 1891 sur les sociétés de courses, régissent toujours, même depuis la loi de 1901, qui ne les a ni expressément maintenues, ni expressément abrogées, les associations pour lesquelles elles avaient été faites, et, à supposer l'affirmative sur ce point, si elles les régissent impérativement, à l'exclusion de la loi de 1901 elle-même, ou si elles ne les régissent que sous réserve du droit pour les personnes qui voudraient les former, de les soumettre aux règles de la loi de 1901 seulement. Dans le premier cas, il nous paraît difficile, et, à certains égards, dangereux, d'étendre le bénéfice de la loi de 1901 aux associations encore expressément soumises, comme syndicats professionnels ou comme sociétés de secours mutuels, à la législation spéciale qui les régissait avant 1901. (Cpr. en ce sens, Cass., 28 février 1902. Sir., 03, 1, 445, qui vise d'ailleurs un syndicat professionnel irrégulier, soumis à la loi de 1884, formé *avant* le 1er juillet 1901. Cpr. Douai, 11 nov. 1901, Sir., 01, 2, 289, note Wahl). Dans le second cas, en ce qui concerne les associations d'enseignement supérieur et les sociétés de courses, dont la législation spéciale nous paraît avoir été implicitement maintenue par la loi de 1901 (cpr. § 30, texte et note 7), nous hésiterions à leur refuser le bénéfice de la loi de 1901. — Les questions que nous venons de discuter paraissent, à première vue, pouvoir se poser encore pour les associations syndicales (Lois du 21 juin 1865 et du 22 déc. 1888) et pour les sociétés de crédit agricole (Lois du 5 nov. 1894 et du 31 mars 1899), qui sont bien, en elles-mêmes, si l'on s'en tient à la définition séparative de l'association et de la société qui a été développée au § 377, note 1 *bis*, des associations. En réalité, la loi de 1901 n'est applicable ni aux unes, ni aux autres, les sociétés de crédit agricole ayant été expressément qualifiées par l'art. 4 de la loi de 1894 du nom de *sociétés* commerciales, et

de caractère patrimonial, tels que les sociétés littéraires et scientifiques[8], les associations fondées en vue de l'enseignement[9], les associations de bienfaisance[10], d'une part, les sociétés de chasse[11], les sociétés de tir[12] et les cercles, d'autre part, réserve faite, d'ailleurs, de la condition spécialement faite auxdites associations, dans le cas où elles seraient instituées avec le concours et l'approbation de l'autorité publique[13] — mais aussi les groupements permanents de personnes qui poursuivent un but de caractère patrimonial excluant le partage de bé-

les associations syndicales n'ayant été considérées par le législateur de 1865, comme des sociétés civiles, que pour leur permettre d'échapper, à cette époque, à l'art. 291 du Code pénal, qui était alors précisément dirigé contre les groupements pour lesquels a été faite la loi de 1901].

[8 Voy. pour la législation antérieure à 1901 : Douai, 11 juillet 1882, Sir., 83, 2, 49, et la note de M. Labbé. Crim. rej. (mêmes parties). 16 février 1884, Sir., 85, 1, 188. Req. 29 octobre 1891, Sir., 95, 1. 65.]

[9 Req. 29 nov. 1897, Sir., 02, 1, 15. Cpr. Montpellier, 20 mai 03, Sir., 04, 2, 89.]

[10 Voy. pour la législation antérieure à 1901 : Besançon, 23 janvier 01, Sir., 06, 2, 196 (crèches) Seine, 27 juillet 06, Sir., 08, 2, 55 (orphelinats, point de vue fiscal.]

[11 Voy. en sens contraire, mais pour la jurisprudence antérieure à 1901 seulement : Crim. cass., 18 nov. 1865, Sir., 66, 1, 415. Poitiers, 20 janvier 1909, Sir., 09, 2, 55. Ces deux arrêts, non seulement considèrent les sociétés de chasse comme des sociétés proprement dites, mais leur reconnaissent en outre la personnalité civile, tout au moins à l'effet d'ester en justice (voy. § 377, texte et note 20), ce qui, d'ailleurs, se comprend très bien pour le second (voy. § 377, texte et note 17 *bis*). La cour de Douai (25 janvier 1899, Sir., 1900, 2, 25) se refuse à prendre parti sur la nature juridique des sociétés de chasse, et leur refuse, en tous cas, la personnalité civile. Voy. la note critique de M. Wahl, qui accompagne l'arrêt. Le tribunal de Langres (9 nov. 1887, Sir., 88, 2, 119) paraît seul sanctionner l'opinion formulée au texte. Cpr., pour une combinaison toute particulière de chasse en commun, Douai, 15 mars 1893, sous Req. 31 janvier 1894, Sir., 94, 1, 237.]

[12 Cpr. cep. Rouen, 16 juin 1890, Sir., 92, 2, 309.]

[13 Voy. sur ces hypothèses : pour les sociétés de courses, Civ. cass., 25 mai 1887, Sir., 88, 1, 161. Req., 2 janvier 1894, Sir., 94, 1, 129. Limoges, 23 déc. 1895, Sir., 99, 2, 246. Pour les sociétés de tir, Dijon, 30 octobre 1889, Sir., 90, 2, 16. Ce sont là, sinon peut-être des sociétés civiles, au sens absolu de l'expression, tout au moins des sociétés revêtues de la personnalité civile, tout au moins à l'effet d'ester en justice. Voy. sur cette demi-personnalité et sa prétendue justification,

néfices proprement dits, tels que les assurances mutuelles [14], les unions d'obligataires [15], ou même les syndicats professionnels et les sociétés de secours mutuels. Le tout, réserve faite de la législation impérativement ou facultativement applicable, depuis la loi du 1er juillet 1901, à ceux de ces groupements qui, avant la promulgation de ladite loi, se trouvaient déjà soumis à des textes spéciaux. Cpr. art. 21 de la loi [16].

Les congrégations religieuses constituent pareillement, en elles-mêmes, des associations. Mais elles sont exclusivement régies par le titre III de la loi du 1er juillet 1901, à l'exclusion des titres I et II [17].

les notes critiques de M. Lyon-Caen, sous les arrêts précités de la cour de cassation, du 25 mai 1887, et du 2 janvier 1894. — Cpr. d'ailleurs la solution toute différente donnée pour les sociétés d'agriculture, Limoges, 22 janvier 1900, Sir., 03, 2, 135.]

[14 Voy. pour la législation antérieure à 1901 : Cass., 16 août 1870, Sir., 71, 1, 15 (risques maritimes). Cass. 27 juillet 1880, Sir., 81, 1, 245. Voy. sur les assurances mutuelles, § 377, texte et notes 1 *bis* et 5.]

[15 Cass., 3 déc. 1889, Sir., 91, 1, 525.]

[16 Voy. pour d'autres exemples : Cass., 4 août 1909, Sir., 10, 1, 293, note Wahl (Caisse rurale à forme commerciale). Pau, 29 janvier 1900, sous Cass., 30 juillet 1901. Sir., 05, 1, 502 (pâturage en commun).]

[17 Il est très difficile de distinguer, en droit, l'association de la congrégation. Le législateur n'a pas défini et n'a pas voulu définir la congrégation. M. Esmein (note sous Cass., 13 mars et 11 juin 1903, Sir., 03, 1, 425) explique très bien qu'une définition juridique de la congrégation par la loi civile aurait nécessairement constitué un emprunt de la loi civile au droit canonique, et, par conséquent, une réception, au moins partielle, du droit canonique par la loi civile. Il suit de là que le juge ne saurait pas plus s'attacher aux éléments constitutifs de la qualité de congréganiste en droit canonique (par exemple à la prononciation des vœux, voy. Cass., 25 juillet 1902, Sir., 03, 1, 57, et la note Esmein, *in fine*. Cpr. Montpellier (mêmes parties) 22 mai 1903, Sir., 03, 2, 269) qu'aux actes qui mettent fin, en droit canonique, à ladite qualité (par exemple à l'incorporation dans le clergé séculier par décision de l'évêque. Voy. Cass., 17 sept. 1903, Sir., 04, 1, 540, 12 juin 1903, Sir., 03. 1, 425, 9 juillet 1903, Sir., 04, 1, 539). — Dans le même ordre d'idées, il n'y a pas plus lieu de s'arrêter au fait de la prédication, pour en déduire le maintien de la qualité de congréganiste (Cass., 9 juillet 1903, Sir., 04, 1, 372) qu'il n'y a lieu de s'arrêter à l'acquisition de la qualité de prêtre séculier pour en conclure à la disparition de la qualité de congréganiste (Cass., 13 nov. 1906., Sir., 10, 1, 548). — La qualité de

2° Les associations se divisent en associations simples ou non déclarées, associations déclarées, et associations reconnues d'utilité publique. Art. 5, 6, 10, 11 de la loi du 1er juillet 1901.

Les premières sont pleinement licites, quel que soit le nombre de leurs membres, et quel que soit le degré de publicité de leurs réunions. Mais elles n'ont aucune personnalité civile. Il en résulte, selon nous, que tous les actes juridiques que peuvent faire leurs membres, dans l'intérêt commun, font acquérir, par application des règles ordinaires du mandat ou de la gestion d'affaires[18], à chacun de leurs membres, pour sa part et portion virile, les droits et les biens que ces actes ont pour objet. Le tout, avec les conséquences de droit commun de l'indivision sur la propriété des biens ainsi acquis[19], en tant qu'elles ne sont pas contraires aux obligations résultant, pour chaque associé, du contrat d'association lui-même[20].

Les secondes sont revêtues de la personnalité civile, mais les conséquences de ladite personnalité, limitativement déterminées par la loi, ne comprennent que la faculté de percevoir les cotisations de leurs membres, les

congréganiste résulte d'un ensemble de faits souverainement appréciés par le juge du fond. (Cass., 29 avril, 6 mai, 3 juin 1904, Sir., 04, 1, 542. Cass., 3 juin, 5 nov. 1904, Sir., 05, 1, 63. Cass., 25 juin 1904, Sir., 06, 1, 378. Cass., 8 juillet 1904, Sir., 09, 1, 165. Cass., 8 juillet 1905, Sir., 10, 1, 581, note. Cass., 15 janvier 1906, Sir., 10, 1, 548, note. Cass., 20 nov. 1908, Sir., 09, 1. 230.) M. Esmein a résumé par avance toute cette jurisprudence dans une formule saisissante et précise : La qualité de congréganiste, dit-il, résulte de la possession d'état (voy. sa note sous l'arrêt précité du 25 juillet 1902). Voy. encore d'autres applications de la même idée dans les arrêts de la cour de cassation des 1er août, 12 et 14 nov., 3 déc. 1903, Sir., 04, 1, 540 et 541. Cpr. cependant avec la formule ci-dessus reproduite de M. Esmein, la fin des considérants de l'arrêt de la Chambre criminelle, du 27 juin 1908, Sir., 10, 1, 411.]

[18] Peut-on bien appliquer ici les règles ordinaires du mandat et de la gestion d'affaires? Cpr. § 383, note 2 *quater*.]

[19] Voy. Margat, *Revue trimestrielle*, 1905, 235.]

[20] Nous pensons, avec MM. Colin et Capitant, II, 657, que les associés ne pourraient pas, pendant qu'ils font partie de l'association, demander le partage de ces biens indivis, par application de l'art. 815.]

subventions de l'État, des départements ou des communes, la faculté d'acquérir à titre onéreux tant le local destiné à l'administration de l'association que les immeubles nécessaires à l'accomplissement du but qu'elles se proposent [21], enfin, la faculté d'ester en justice tant

[21] On s'est demandé avec raison comment lesdites acquisitions pourraient être faites par l'association, soit au cours de son existence, soit à plus forte raison au début de son fonctionnement. A cette date, en effet, l'association ne possède, par hypothèse, aucun actif résultant d'économies antérieurement faites sur les fonds qu'elle a capacité pour percevoir et administrer, cotisations ou subventions. Plus tard, l'acquisition se comprendrait mieux, tout au moins si l'on admet que les économies dont il vient d'être question sont légalement possibles. Mais il semble justement qu'elles ne le soient pas, le législateur de 1901 ayant évidemment entendu, par le rejet d'un amendement qui visait expressément le cas, leur interdire tout bénéfice. — On a écarté cette double difficulté en faisant observer : 1° que si la loi a fixé au rachat des cotisations un *maximum* de 500 francs, elle n'a fixé aucun *maximum* aux cotisations elles-mêmes, d'où il suit, quelque singulière que soit la conclusion, que la cotisation peut être, en droit, plus élevée que le chiffre de rachat, et, en fait, différente pour différentes catégories d'associés, dont quelques-uns consentiraient à acquitter un droit d'entrée plus ou moins élevé, qui majorerait leur cotisation initiale, sans revêtir, d'ailleurs, par son importance impliquant une intention libérale qui ne se définit pas sans peine (voy. § 646, note 10), le caractère d'un don. 2° Que si la loi interdit toute libéralité, notamment en immeubles, à l'association déclarée, elle n'interdit pas, malgré les objections que pourrait faire naître le rejet par la Chambre d'une rédaction plus libérale de l'art. 6, l'apport en immeubles, considéré, par ses caractères de fond, comme distinct d'une libéralité proprement dite. Voy. Chavegrin, *Journal des Sociétés*, 1911, p. 289 et suiv. — Nous nous rallions tout à fait à cette manière de voir, qui a surtout l'avantage de soustraire le législateur de 1901, grâce à la finesse d'une distinction dont il est peu probable qu'il ait eu pleinement conscience pour la rejeter, au reproche d'avoir légiféré dans le vide. — Il reste seulement une difficulté d'application. Si l'apport immobilier reste permis, dans les conditions qu'on a essayé de définir, c'est-à-dire en tant qu'il résulte d'une adhésion généreuse de l'associé, pendant sa vie, à l'association, autrement dit, d'une opération qu'on peut comprendre, un peu artificiellement, dans la catégorie des opérations à titre onéreux, parce qu'elle a pour premier caractère d'être une opération entre vifs, en serait-il de même d'un legs ayant pour objet les mêmes immeubles, affectés au même but, et adressé, sinon à l'association, ni même à tous les associés, du moins à l'un d'eux, sous ladite charge? Nous serions disposé à le penser. La présomption d'interposition de personnes de l'art. 17 de la loi de 1901 suppose une libéralité proprement dite adressée à la personne interposée. Cpr. § 650 *bis*, texte

pour défendre le patrimoine social que pour soutenir les intérêts généraux [22] en vue desquels l'association a été fondée et déclarée [23].

Les dernières sont également revêtues de la personnalité civile, mais les conséquences de la dite personnalité, limitativement déterminées par la loi comme dans l'hypothèse précédente, sont plus étendues, l'association reconnue d'utilité publique pouvant faire tous les actes de la vie civile, et notamment recevoir des libéralités sans réserve d'usufruit au profit du disposant, pourvu qu'elle obtienne de l'administration l'autorisation de les accepter, conformément à l'art. 910 du Code civil, et à l'art. 4 de la loi du 4 février 1901.

et notes 19 *bis* et suiv. En tout cas, le legs pourrait être valablement adressé à un tiers. Cpr. §§ 655 et 656, note 8 *bis*.]

[[22] Cpr. sur le sens de cette formule : Caen, 29 mai 1908, Sir., 10, 2 75.]

[[23] Il y a ici une difficulté. Elle résulte du régime auquel sont soumises les acquisitions à titre gratuit faites par les établissements publics et les établissements d'utilité publique. Ces libéralités ne peuvent être utilement adressées à ces établissements que si l'affectation des biens qu'elles ont pour objet rentre dans les attributions de l'établissement gratifié. Voy. § 649, texte et note 59 *ter*. Pareillement, les acquisitions à titre onéreux ou gratuit que peut faire une association déclarée ou reconnue sont exclusivement celles qui rentrent, par leur objet, dans les attributions de l'association. Dans l'un et l'autre cas, la *spécialité* des attributions du groupement de personnes ou d'intérêts que l'on envisage, intervient pour limiter, ici la faculté d'acquérir, là celle de recevoir. — Or, on sait qu'en ce qui concerne la faculté de recevoir, une question très délicate se pose, qui est de savoir si cette restriction à la faculté de recevoir présente le caractère d'une règle de capacité civile ou celui d'une simple pratique administrative. C'est dans ce second cas que nous prononçons § 649, note 59 *ter*. Ici, en ce qui concerne la faculté d'acquérir, la solution est certainement différente. C'est bien d'une question de capacité qu'il s'agit, et la juridiction civile saisie de l'action en nullité, a qualité pour la résoudre. [Il y a donc une opposition tranchée entre ces deux applications de l'idée de spécialité, et cette opposition résulte évidemment du fonctionnement des textes beaucoup plus que de considérations rationnelles. Cette opposition est d'autant plus remarquable qu'elle conduit, lorsque l'association déclarée a été reconnue d'utilité publique, à un changement du régime applicable aux libéralités qu'elle peut être appelée à recevoir dans l'avenir.]

Du reste, ces deux dernières sortes d'associations, aussi bien l'association reconnue d'utilité publique que l'association simplement déclarée, ne peuvent acquérir à titre gratuit ou même à titre onéreux que les immeubles nécessaires à l'accomplissement du but qu'elles se proposent. Art. 6 de la loi. Dans le cas où l'association reconnue d'utilité publique recueillerait à titre gratuit et serait autorisée à recueillir de la sorte des immeubles que ni seraient pas nécessaires au fonctionnement de l'association, l'aliénation devrait en être faite dans les délais et dans la forme prescrits par le décret ou l'arrêté autorisant l'acceptation de la libéralité. Art. 2 de la loi.

Enfin, les valeurs mobilières appartenant à une association [24] ne peuvent être que nominatives.

Toute acquisition de biens meubles ou immeubles, faite par l'association, en dehors de ceux qui constituent son patrimoine régulier, conformément aux dispositions qui précèdent, est nulle et de nul effet, soit que ladite acquisition ait été faite directement, soit qu'elle l'ait été par personne interposée. La nullité peut être prononcée soit à la diligence du ministère public, soit à la requête de tout intéressé. Loi du 1er juillet 1901, art. 17.

3o [25]. Chaque associé, dans toute association, est tenu de payer sa cotisation au terme convenu. Mais il n'est pas tenu de plein droit des intérêts [26]. Art. 1er *in fine* et art. 4 de la loi.

[24] L'art. 11 de la loi de 1901, qui pose cette règle à la fin de son alinéa 1, ne vise expressément que les associations reconnues d'utilité publique. MM. Colin et Capitant, II, 657, en concluent que les associations simplement déclarées peuvent faire des placements en valeurs au porteur : cette supériorité de l'association déclarée sur l'association reconnue d'utilité publique nous semble douteuse. Le titre II de la loi, dans lequel figure l'art. 2, n'est pas exclusivement consacré aux associations reconnues d'utilité publique. Voy. par exemple l'art. 12.]

[25] On a essayé d'esquisser ici une théorie générale des obligations des associés comme tels, à peu près comme MM. Aubry et Rau ont construit, sans texte, la théorie de l'obligation alimentaire, quant à l'un de ses principaux éléments. Voy. § 553, texte et note 11.]

[26] Art. 1846 *a contrario*.]

Il peut à toute époque, se retirer de l'association, après payement des cotisations échues et de celles de l'année courante, et ce, nonobstant toute clause contraire.

Chaque associé répond des dommages qu'il a causés par sa faute, au sens de l'art. 1137 [27].

Chaque associé est tenu de veiller aux intérêts sociaux, en ce sens qu'il ne peut faire d'actes contraires au but de l'association. Par exemple, il ne pourrait pas, selon nous, entrer, comme associé, dans une association qui poursuivrait un but précisément contraire à celui que poursuit l'association dont il fait déjà partie [28].

Toutes autres relations entre les associés relèvent du droit commun [29].

La loi, d'ailleurs, n'interdit pas aux associés de joindre à l'association entendue et réglée comme il vient d'être dit, une société civile, en tant toutefois que cette société répondrait à la définition et réunirait les conditions de validité des sociétés civiles. La loi n'interdit pas davantage aux associés d'établir entre eux un état d'indivision, soumis, bien entendu, aux règles de droit commun de l'indivision, et notamment à l'art. 815, pour les biens meubles ou immeubles qui ne pourraient pas rentrer dans le patrimoine de l'association constitué et limité comme il a été dit plus haut [30].

[27] Voy. sur l'art. 1137 § 308, texte n° 2.]

[28] Exemple: un artiste peut-il faire partie de deux salons? Faut-il que sa question ait été prévue aux statuts et quelle est la sanction?.]

[29] Exemple : location d'un immeuble à l'association par un associé. Le droit régira l'éviction et la garantie.]

[30] Ces propositions résument non seulement la discussion à laquelle a donné lieu, à la Chambre des Députés, entre MM. Waldeck-Rousseau et Ribot, la rédaction de l'art. 9 de la loi de 1901, mais aussi les règles générales qui dominent la loi de 1901 et que formule l'art. 1 *in fine* de ladite loi. Comme l'a dit très justement M. Waldeck-Rousseau dans la discussion précitée : « Il n'est pas possible d'admettre que le fait de constituer une association puisse entraîner, pour les membres de cette association, une incapacité, même relative,... de former un contrat de société ou un contrat d'indivision. » — Il est bien vrai que cette double faculté pourrait permettre aux associés de créer, à côté du patrimoine officiel et régulier de l'association, un patrimoine différent et plus étendu, sorte d'épreuve après la lettre, mais d'épreuve agrandie, du patrimoine officiel

4° La dissolution de l'association peut résulter :

a. de l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée[31].

b. d'une délibération de l'assemblée générale[32];

c. d'un jugement rendu par le tribunal civil du lieu où l'association a son siège, rendu à la requête de tout intéressé ou à la diligence du ministère public, soit à raison du caractère illicite de l'association, soit à raison du défaut ou de l'insuffisance des déclarations initiales ou subséquentes de l'association, le juge ayant d'ailleurs, dans cette seconde hypothèse, un pouvoir discrétionnaire d'appréciation qu'il n'a pas dans la première.

d. d'un décret rendu en conseil des ministres, dans le cas où il s'agirait d'une association composée en majeure partie d'étrangers, ou d'une association ayant des administrateurs étrangers ou son siège à l'étranger, lors au moins que les agissements de ladite association seraient de nature à fausser les conditions normales du marché des valeurs ou des marchandises, ou à menacer la sûreté intérieure ou extérieure de l'État. Loi du 1er juillet 1901, art. 12.

Dans tous les cas précités de dissolution [33], tous les

et régulier. — La réponse est que les règles de droit commun qui régissent le fonctionnement et surtout la dissolution de la société civile proprement dite ou de l'indivision, d'une part, les règles de l'art. 17 qui frappent de nullité les actes d'acquisition par lesquels l'association chercherait, au besoin par le procédé de l'interposition des personnes, à éluder les dispositions de l'art. 6, d'autre part, suffiraient à remédier aux dangers éventuels de cette répétition de l'association sous forme de société civile ou d'indivision. Voy. sur tous ces points Sirey, *Lois annotées*, 1902, p. 276 et suiv.]

[31 Cette proposition s'entend réserve faite de ce qui a été dit texte et note 1 *supra*.]

[32 Ces pouvoirs de l'assemblée générale ne vont pas sans quelques difficultés, tout au moins en ce qui concerne les associations de caractère absolument désintéressé, la dissolution devant entraîner la dévolution des biens, et la dévolution pouvant aboutir à la répartition des biens de l'association entre les adhérents actuels seulement, intéressés dès lors à voter la dissolution. Voy. sur cette difficulté Margat, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1908, p. 435.]

[33 C'est-à-dire même dans le cas où la dissolution résulte d'un jugement rendu même par application de l'art. 3 de la loi, motifs pris du caractère illicite de l'association. Cette solution, que le texte de

biens quelconques de l'association[34] sont dévolus conformément aux dispositions des statuts[35], et, à défaut de dispositions statutaires, conformément à la délibération de l'assemblée générale : enfin, à défaut de délibération de ce genre, par une délibération provoquée au besoin par un curateur nommé à l'association dissoute, à la requête du ministère public, par le tribunal civil du lieu du siège social, conformément aux règles de droit commun du partage entre associés, dans les sociétés de fait [36]]

2. *Des contrats aléatoires.*

a. *Du jeu et du pari.*

Sources. *Code Napoléon*, art. 1965-1967. Les dispositions de ces articles sont empruntées à l'ancienne jurisprudence, qui était fondée, en partie sur le Droit romain, et en partie sur différentes ordonnances royales. — Bibliographie. Pothier, *Traité du jeu*, Merlin, *Rép.*, v° Jeu. Troplong, *Des contrats aléatoires* ; Paris, 1845, 1 vol. in-8. Pont, *Des petits contrats*, I, n°s 590 à 664.

§ 386.

Le contrat de jeu est une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes s'engagent, en se livrant

l'art. 9 impose, est manifestement contraire aux principes généraux, puisqu'elle aboutit à donner effet, en ce qui concerne la dévolution des biens de l'association dissoute, à des stipulations du pacte social, c'est-à-dire à des stipulations d'une convention radicalement nulle. Margat, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1908, p. 456.]

[34 A l'exception toutefois des biens valablement donnés à l'association, dont le donateur aurait en même temps valablement disposé au profit d'un tiers, pour le cas où l'association gratifiée disparaîtrait ultérieurement. Margat, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1908, p. 433. Cpr. § 691, texte et note 32 *quater*.]

[35 La loi de 1901 a heureusement coupé court aux controverses qui se seraient vraisemblablement produites sur ce point, et qui se rattachent aux différentes conceptions théoriques par lesquelles on explique la personnalité civile. Voy. sur ces controverses, Margat, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1908, p. 429. Cpr. loi du 12 juillet 1875 sur l'enseignement supérieur libre, art. 12.]

[36 Cpr. sur ce point la fin de l'art. précité de M. Margat.]

à un jeu, à payer, à celle d'entre elles qui gagnera, une somme d'argent ou quelque autre objet déterminé.

Le pari est une convention par laquelle deux personnes, qui sont d'un avis contraire sur un sujet quelconque, conviennent que celle dont l'opinion sera reconnue fondée, recevra de l'autre une somme d'argent, ou quelque autre objet déterminé.

Le jeu et le pari ne sont plus aujourd'hui, comme autrefois, prohibés par la loi. Les obligations résultant de ces conventions sont donc, en général [1], licites et valables en elles-mêmes. Aussi les paiements volontairements faits en vertu de pareilles obligations ne donnent-ils ouverture à aucune action en répétition. Art. 1967. Mais, par des motifs de moralité et d'utilité sociale, les rédacteurs du Code ont refusé au créancier le droit d'en poursuivre l'exécution par voie d'action, et les ont ainsi fait rentrer dans la classe des obligations naturelles[2]. Art. 1965.

1° *Des dettes de jeu ou de pari en général.*

On doit considérer comme dettes de jeu, non seulement celles qui résultent directement d'une convention de jeu ou de pari, mais encore les engagements pris envers un mandataire, qui sciemment s'est rendu l'intermédiaire d'opérations de jeu[3], ainsi que les obligations

[1] Il en [était] autrement [avant la loi du 28 mars 1885] des paris sur la hausse ou la baisse des effets publics. Code pénal, art. 421 et 422. Cpr. texte n° 2, *infra*.

[2] Suivant MM. Pillette (*Revue pratique*, 1863, XV, p. 441) et Pont (I, 603), l'obligation naissant du jeu ou du pari serait, comme découlant d'un contrat civil, une obligation civile. Mais il est élémentaire qu'une obligation destituée d'action ne peut être qu'une obligation naturelle. La question, au surplus, ne présente aucun intérêt pratique. Ces auteurs, en effet, reconnaissent eux-mêmes qu'une dette de jeu n'est pas susceptible d'être convertie, par voie de novation, en une obligation dont l'exécution puisse être poursuivie en justice, et arrivent ainsi aux mêmes conséquences que nous. Voy. texte et note 9 *infra*.

[3] Troplong, n°s 73 et 74. Taulier, VI, p. 495. Pont, *Revue de législation*, 1845, I, p. 535 ; *Revue critique*, 1852, II, p. 10 ; et *Petits contrats*, I. 650. Civ. cass., 25 février 1845, Sir., 45, 1, 161. Bordeaux, 3 février 1849, Sir.,

résultant d'avances faites, dans le cours d'une partie liée entre plusieurs personnes, par l'un des joueurs à l'autre[4].

Au contraire, le caractère de dettes de jeu ne saurait être attribué, ni aux obligations contractées envers celui qui, sans avoir servi d'intermédiaire dans une opération de jeu, a reçu et exécuté le mandat d'en règler la perte[5], ni aux emprunts faits pour jouer, lorsque le prêteur est resté étranger au jeu[6], ni même aux engagements résultant de prêts faits, après le jeu, par l'un des joueurs à l'autre, pour lui donner les moyens de solder ce qu'il a perdu envers un troisième[7].

A la différence de ce qui a lieu pour les dettes de jeu, l'exécution des obligations et engagements dont il vient d'être parlé, peut être poursuivie en justice par voie d'action.

La loi refusant, en général, toute action pour le paiement d'une dette de jeu ou de pari, on doit en con-

19, 2, 693. Paris, 16 juillet 1851, Sir., 51, 2, 512. Paris, 31 juillet 1852, Sir., 52, 2, 690. Bordeaux, 15 juin 1857, Sir., 57, 2, 733. [Cass., 3 mars 1875. Sir., 75, 1, 396.]

[4] *Mutuum colludenti factum non valet.* Troplong, n° 67. Pont, I, 647. Taulier, VI, p. 494. Pillette, *Revue pratique*, 1863, XV, p. 444.

[5] Troplong, n° 71. Pont, *Revue de législation*, 1845, I, p. 535 ; et *Petits contrats*, I, 650. Taulier, VI, p. 495. Ballot, *Revue de droit français et étranger*, 1849, VI, p. 309. — Le tiers qui, sans mandat, aurait acquitté une dette de jeu, ne jouirait pas contre le perdant de l'action *negotiorum gestorum*. Troplong, n° 72. Pont, I, 649. Req. rej., 30 mai 1838, Sir., 38, 1, 753.

[6] Troplong, n° 66. Pont, I, 649. Taulier et Pillette, *locc. citt.* Colmar, 20 janvier 1841, Sir., 42, 2, 492. [Req., 4 juillet 1892, Sir., 1892, 1, 513. Agen, 25 janvier 1909, Sir., 09, 2, 76.] Cpr. Civ. cass., 15 novembre 1864, Sir., 65, 1, 77. [La Chambre des requêtes, dans l'arrêt précité du 4 juillet 1892, va plus loin que la formule dont nous nous servons au texte. Il ne suffirait pas, d'après elle, que le prêteur fût resté étranger au jeu : il faut encore qu'il ait ignoré la destination des fonds par lui prêtés. Cette doctrine serait indiscutable, selon nous, dans l'hypothèse où le prêteur qui aurait connu la destination des fonds, aurait été lui-même indirectement intéressé au jeu, par exemple comme directeur de la Maison de jeu où la somme prêtée aurait été jouée. Paris, 16 janvier 1894, Sir., 95, 2, 42. Paris, 13 mai 1909, Sir., 10, 2, 270. Mais nous ne saurions l'admettre sans cette restriction. Agen, 25 janvier 1909, précité. C'est d'ailleurs à l'emprunteur, poursuivi en remboursement par le prêteur, qu'il appartient d'établir que celui-ci était intéressé au jeu. Paris, 13 mai 1909, précité.]

[7] Pont, I, 648. Taulier et Pillette, *locc. citt.*

clure qu'une dette de cette nature ne peut, ni être opposée en compensation[8], ni même être convertie, par voie de novation ou de transaction, en une obligation civilement efficace[9].

Mais il n'en résulte pas que le juge puisse, du moins en général, suppléer d'office l'exception accordée par l'art. 1965[10].

Le souscripteur d'un billet ayant en réalité pour cause une dette de jeu, conserve, malgré l'indication d'une autre cause civilement efficace, l'exception péremptoire résultant de l'art. 1965. Il peut même réclamer, par voie d'action, la restitution du billet qu'il a souscrit[11].

Quant à la question de savoir si le souscripteur d'un pareil billet peut opposer l'exception de jeu à un cessionnaire de bonne foi, elle doit se résoudre par la négative, lorsqu'il s'agit d'un billet à ordre[12], et par l'affirmative, dans l'hypothèse contraire[13]. Au premier cas, le sous-

[8] Voy. §. 326, texte et note 11. Pont, I, 643.

[9] Si une obligation naturelle peut, en général, être convertie, par voie de novation, en une obligation civilement efficace, il ne saurait en être ainsi des dettes de jeu ou de pari, puisque l'esprit et la lettre de l'art. 1965 repoussent toute action en paiement d'un engagement dont la cause première se trouve dans une convention de jeu ou de pari. Maleville, sur l'art. 1965. Duranton, XVIII, 107. Troplong, nos 61 et 196. Pont, I, 645. Pillette, *op. cit.*, XV, p. 448. Zachariæ, § 386, note 10. Rouen, 14 juillet 1854, Sir., 55, 2, 169. Voy. aussi les arrêts cités à la note 19 *infra*.

[10] Pont, I, 636. Cpr. Civ. rej., 19 juin 1855, Sir., 56, 2, 161. Cet arrêt n'est pas contraire à notre manière de voir : dans l'espèce sur laquelle il a statué, il se présentait des motifs d'ordre public qui pouvaient autoriser les juges à admettre d'office l'exception de jeu. — La règle posée au texte [cessait], du reste, [avant la loi du 28 mars 1885], de recevoir application en matière de jeu ou de pari sur le cours des effets publics. Amiens, 14 janvier 1859, Sir., 59, 2, 232. [Rennes, 7 déc. 82, Sir., 1883, 2, 172.] Cpr. Civ. cass., 15 novembre 1864, Sir., 65, 1, 77. [Paris, 16 mars 1882, Sir., 1883, 2, 57.]

[11] Rouen, 14 juillet 1854, Sir., 55, 2, 170. Lyon, 11 mars 1856, Sir., 57, 2, 525.

[12] Voy. en ce sens : les autorités citées à la note 57 du § 359 *bis*, et les arrêts indiqués à la note 14 *infra*.

[13] C'est ce qui a déjà été établi et développé au § 359 *bis*, texte no 5, et notes 50 à 52. — Voy. sur le point de savoir si le débiteur cédé peut encore faire valoir l'exception de jeu, après avoir purement et simplement accepté la cession : § 359 *bis*, texte no 5, et notes 53 à 55.

cripteur, obligé de payer le tiers porteur de bonne foi, jouirait cependant d'un recours en indemnité contre le bénéficiaire du billet [14].

Du reste, le débiteur d'une dette de jeu, qui a souscrit un acte d'obligation énonçant une cause civilement efficace, est admis à prouver, par témoins et à l'aide de simples présomptions, la cause réelle de l'obligation [15].

Par exception au principe général posé dans l'art. 1965, la loi permet de poursuivre, par voie d'action, le paiement des sommes dues par suite de jeux propres à exercer au fait des armes, ou à développer la force, l'adresse et l'agilité du corps [16]. Néanmoins, lorsque la somme engagée paraît excessive, eu égard à la nature du jeu et à la condition des parties, les tribunaux sont autorisés à rejeter de pareilles réclamations, que, du reste, ils n'ont pas le pouvoir de réduire [17]. Art. 1966.

[14] Pont, I, 642. Civ. cass., 12 avril 1854, Sir., 54, 1, 313. Civ. rej., 6 décembre 1854, Sir., 54, 1, 763. Paris, 29 novembre 1858, Sir., 59, 2, 88.

[15] Arg. art. 1353. *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, XV. p. 174. Merlin, *Rép.*, v° Jeu, n° 4. Maleville, sur l'art. 1965. Duranton, X, 370 ; XIII, 332 ; XVIII, 107. Troplong, n° 64. Pillette, *op. cit.*, XV. p. 443 et 462. Pont, I, 639. Req. rej., 20 décembre 1814, Sir., 16, 1, 212. Limoges, 2 juin 1819, Sir., 21, 2, 17. Lyon, 21 décembre 1822, Sir., 23, 2. 103. Grenoble, 6 décembre 1823, Sir., 24, 2, 319. Limoges, 8 janvier 1824. Sir., 24, 2, 228. Req. rej., 30 novembre 1826, Sir., 27, 1, 66. Req. rej., 4 novembre 1857, Dalloz, 1857, 1, 441.

[16] Le jeu de billard ne doit pas être rangé parmi les jeux de cette nature. Duranton, XVIII, 110. Troplong, n° 57. Pillette, *Revue pratique*, XV. p. 223. Zachariæ, § 386, note 7. Poitiers, 4 mai 1810, Sir., 10, 2, 367. Grenoble, 6 décembre 1823, Sir., 24, 2, 319. Montpellier, 8 juillet 1828, Sir., 29, 2, 106. Angers, 13 août 1831, Sir., 32, 2, 270 [et, au point de vue de l'application de l'art. 410 du Code pénal, tout au moins sous certaines conditions de fait : Cass., 16 mars 1905, Sir., 05, 1, 424.] Voy. en sens contraire : Chardon, *Du dol et de la fraude*, III, 558 ; Pont, I, 609 [et au point de vue de l'application de l'art. 410 du Code pénal, Aix. 25 mai 1892, Sir., 93, 2, 19. Paris, 10 juillet 1902, Sir., 02, 2, 301.] — A plus forte raison en est-il de même du jeu d'échecs. Pillette, *op. cit.*, p. 222. Pont, I, 610. Voy. en sens contraire : Troplong, n° 50. [A plus forte raison encore en est-il de même du jeu dit des *petits chevaux*. Paris. 5 juin 1901, Sir., 02, 2, 275. Pau, 28 juin 1906, Sir., 07, 2, 61.]

[17] Lorsque la somme engagée n'est pas simplement destinée à exciter l'émulation des joueurs, et que l'espérance du gain de cette somme forme en réalité le but final du contrat, les juges doivent refuser l'action pour

Si le perdant ne peut être civilement contraint au paiement des sommes qu'il a perdues, la loi lui refuse, à l'inverse, toute action en répétition, [sous quelque forme qu'elle se présente [17] *bis*], de ce qu'il a volontairement payé. Art. 1967.

On doit considérer comme paiement dans le sens de cet article, non seulement la remise même des sommes ou des objets engagés, mais encore la dation en paiement de meubles, d'immeubles, ou de créances sur des tiers [18] : [aucune action recursoire, contre le perdant qui s'est ainsi libéré, n'étant d'ailleurs ouverte au gagnant, pour le cas où le débiteur cédé ne payerait pas [18] *bis*. La règle que nous venons de poser s'appliquait, en matière de jeux de Bourse, avant la loi du 28 mars 1885, soit à la compensation conventionnelle ressortant d'un compte-courant, accepté sans réserves, dans lequel les parties avaient fait entrer les dettes de jeu [18] *ter*, soit de l'approbation, donnée à l'agent de change qui avait fait l'opération, par son client et associé, du bilan de l'année pendant laquelle lesdites opérations avaient été faites pour le compte dudit client et associé [18] *quater*].

le tout, puisqu'on ne se trouve plus alors dans l'hypothèse exceptionnelle telle qu'elle est prévue par l'art. 1966. *Exposé de motifs*, par Portalis, et *Rapport au Tribunat*, par Siméon (Locré, *Lég.*, XV, p. 174, n° 8, p. 187, n° 57). Maleville, sur l'art. 1966. Favard, *Rép.*, v° Contrat aléatoire, § 2. Duranton, XVIII, 111. Troplong, n° 51. Pont, I, 619. Zachariæ, § 386, note 8.

[17 *bis*. Cass., 2 janvier 1883, Sir., 84, 1, 52 (en matière de jeux de bourse, avant la loi de 1885). Paris, 5 déc. 1881, Sir., 82, 2, 55.]

18 Pont, I, 654 et 655. Req. rej., 25 janvier 1827, Sir., 27, 1, 122. Req. rej., 7 juillet 1869, Sir., 69, 1, 461. Cpr. Req. rej., 17 juillet 1828, Sir., 29, 1, 74 ; Paris, 27 juin 1867, Sir., 68, 2, 229.

[18 *bis*. Cass., 6 août 1878, Sir., 1878, 1, 418 (hypothèse de *transmission* d'un billet à ordre non payé : la solution nous paraît devoir être généralisée).]

[18 *ter*. Rouen, 13 avril 1870, Sir., 71, 2, 17. Alger, 28 juin 1887, sous Req., 6 nov. 1888, Sir., 91, 1, 207.]

[18 *quater*. Cass., 16 mars 1891, Sir., 92, 1, 10. Cet arrêt, intervenu entre les mêmes parties et sur les mêmes opérations de bourse que l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 6 nov. 1888 cité à la note précédente, a rejeté le pourvoi du *solvens*, fondé sur les art. 1350 et 1351, par application de la règle que nous formulons § 769, texte et note 129.]

Au contraire, la souscription, par le perdant au profit du gagnant, de billets même à ordre, n'équivaut pas à un paiement qui rentre sous l'application de l'art. 1967[19], [et le perdant, souscripteur du billet, qui en aurait payé le montant au tiers porteur, pourrait agir en répétition contre le bénéficiaire originaire [19] *bis*. Il en serait de même des lettres de change tirées sur le joueur et acceptées par lui [19] *ter*].

Lorsque les enjeux ont été mis sur table, ou confiés à un tiers, ce dépôt constitue un paiement anticipé, fait sous condition ; et le gain de la partie attribue définitivement au gagnant, la propriété de l'enjeu du perdant. Le gagnant aurait, pour réclamer cet enjeu, une action en restitution contre le perdant qui le retirerait après la partie, ou contre le tiers dépositaire qui refuserait de le lui remettre [20].

Mais la remise de valeurs quelconques, faite par le joueur à titre de nantissement seulement, n'équivaut pas à un paiement anticipé, et ne constitue qu'une convention accessoire [21], qui n'a pas plus d'efficacité civile

[19] Duranton, XVIII, 116. Pont, I, 656. Req. rej., 27 décembre 1814, Sir., 16, 1, 212. Req. rej., 30 novembre 1826, Sir., 27, 1, 66. Angers, 13 août 1831, Sir., 32, 2, 270. Req. rej., 12 janvier 1842, Sir., 42, 1, 438. Civ. cass., 12 avril 1854, Sir., 54, 1, 313. Civ. rej., 4 décembre 1854, Sir., 54, 1, 763. Lyon, 11 mars 1856, Sir., 57, 2, 525. Paris, 25 novembre 1858, Sir., 59, 2, 88. Angers, 24 août 1865, Sir., 67, 2, 86. [Req. 12 nov. 1884, Sir., 85, 1, 69. Paris, 29 sept. 1882, Sir., 83, 2, 129.] Voy. aussi les autorités citées à la note 9 *supra*.

[[19] *bis*. Req. 12 nov. 1884, Sir., 1885, 1, 69.]

[[19] *ter*. Cass., 16 déc. 1879, Sir., 81, 1, 421. Paris, 16 janvier 1891, Sir., 1895, 2, 42.]

[20] En refusant toute action pour dette de jeu, la loi a eu en vue le jeu sur parole, les promesses faites pour cause de jeu. L'art. 1965 est inapplicable à l'hypothèse indiquée au texte, qui rentre, au contraire, sous l'application de l'art. 1967. Le gagnant qui réclame la remise de l'enjeu, n'exerce plus une action pour dette de jeu, et fait simplement valoir un droit de propriété. Duranton, XVIII, 116. Pillette, *op. cit.*, XV, 461. Pont. I, 657 et 658. [Crim. rej., 26 février 1892, Sir., 92, 1, 601, et la note de M. Villey.] Voy. en sens contraire : Troplong, nos 201 et 202 ; Taulier, VI, p. 495 et 496.

[21] Cpr. sur cette proposition et les modifications dont elle est susceptible, texte n° 2 *in fine* et notes 34 et 35 *infra*.

que la convention principale dont elle est destinée à garantir l'exécution.

Le paiement d'une dette de jeu reste, d'ailleurs, sujet à répétition, lorsqu'il y a eu, de la part du gagnant, dol, supercherie, ou escroquerie, comme aussi lorsque ce paiement a été fait par une personne dépourvue de la capacité nécessaire. Art. 1967 et 1238.

Ainsi, les mineurs et les interdits peuvent répéter les sommes qu'ils ont payées pour dettes de jeu[22]. Ainsi encore, la femme mariée qui a acquitté une dette de jeu sans le consentement de son mari, est en droit de répéter ce qu'elle a payé[23], sauf cependant dans le cas où cette dette elle-même a été contractée avec l'autorisation de ce dernier[24] [et dans le cas où elle aurait été payée par la femme sur ses biens réservés[24] *bis*.]

2° *Des marchés à terme dégénérant en opérations de jeu.*

On entend par marché à terme ou à livrer (*hoc sensu*), les ventes faites à prix ferme, de marchandises, ou de valeurs quelconques, sujettes à de fréquentes fluctuations de cours, et dont la livraison ne doit avoir lieu qu'après un certain temps.

Malgré l'élément aléatoire que contiennent de pareilles conventions, elles n'en [étaient] pas moins civilement obligatoires, [dès avant la loi du 28 mars 1885], en ce sens que chacun des contractants [jouissait] d'une action pour en réclamer l'exécution. Il en [était] ainsi, alors même qu'elles [portaient] sur des effets publics[25].

[22] Duranton, XVIII, 117 et suiv. Troplong, n° 149. Pont, I, 660.

[23] Pont, *loc. cit.* Civ. rej., 30 décembre 1862, Sir., 63, 1, 257. Limoges, 12 décembre 1868, Sir., 69, 2, 104.

[24] Req. rej., 20 novembre 1865, Sir., 66, 1, 14.

[[24] *bis*. Loi du 13 juillet 1907, Voy. § 500 *bis*. Réserve faite des difficultés de preuve que soulèverait la question de savoir quelle était réellement l'origine des deniers au moyen desquels a été fait le payement. Cpr. § 500 *bis*, texte et notes 20 et suiv.]

[25] Les anciens arrêts du Conseil, qui réputaient fictifs tous marchés à terme d'effets publics, [avaient] été abrogés et remplacés par les art. 421 et 422 du Code pénal, dont il [résultait] que les marchés de cette nature ne constituent pas toujours et nécessairement des opérations de jeu. Mollot,

Au contraire, [avant la loi du 28 mars 1885], les marchés à terme [dégénéraient] en véritables opérations de jeu ou de pari, et [tombaient] sous l'application des art. 1965 et 1967, lorsque, d'après l'intention des parties contractantes, ils ne [devaient] pas être suivis d'exécution réelle, mais se résoudre en un simple paiement de la différence entre le prix convenu et le cours des choses qui en [formaient] l'objet, à l'époque fixée pour la livraison [26]. [La loi du 28 mars 1885, dont l'explication sera donnée ci-après, a soustrait à l'application des art. 1965 et 1967 les marchés à terme qui y étaient précédemment soumis, comme devant se résoudre, dans l'intention des parties, en un simple payement de différences.]

[Avant ladite loi du 28 mars 1885, il appartenait] au juge de constater souverainement quelle [avait] été la véritable intention des contractants, en la recherchant dans l'ensemble des faits de la cause [26 *bis*], et notam-

Des bourses de commerce, nos 450 et suiv. Frémery, *Etudes de droit commercial*, chap. 45. Vincens, *Législation commerciale*, liv. VI, chap. 5. Troplong, nos 102 et suiv. Pillette, *op. cit.*, XV, p. 243 et suiv. Pont, I, 626 à 633. Paris, 29 mars 1832, Sir., 32, 2, 293. Paris, 9 juin 1836, Sir., 37, 2, 85. Req. rej., 30 novembre 1842, Sir., 43, 1, 897. [Toulouse, 30 juin 1874, Sir., 75, 2, 20. Lyon, 22 février 1881, sous Cass., 19 déc. 1881, Sir., 1882, 1, 262.]

[26] Troplong, nos 99 et suiv., Paris, 9 août 1823, Sir., 23, 2, 262. Civ., rej., 4 et 11 août 1824, Sir., 24, 1, 409 et 414. Bordeaux, 28 août 1826, Sir., 27, 2, 33. Bordeaux, 29 août 1828, Sir., 29, 2, 70. Paris, 26 mars 1832, Sir., 32, 2, 293. Paris, 11 juin 1834, Dalloz, 1834, 2, 228. Paris, 9 juin 1836, Sir., 37, 2, 85. Req. rej., 30 mai 1838, Sir., 38, 1, 753. Req. rej., 30 novembre 1842, Sir., 43, 1, 897. Paris, 11 mars 1851, Sir., 51, 2, 145. Req. rej., 1er avril 1856, Sir., 57, 1, 192. Bordeaux, 15 juin 1857, Sir., 57, 2, 733. Bordeaux, 25 août 1858, Sir., 59, 2, 81. [Paris, 13 mai 1873, Sir. 73, 2, 102. Toulouse, 30 juin 1874, Sir., 75, 2, 20. Cass., 16 février 1881, Sir., 84, 1, 30. Rennes, 7 déc. 1882, Sir., 1883, 2, 172. Paris, 3 mai 1884, Sir., 84, 2, 166. Cass., 29 déc. 1884, Sir., 85, 1, 164. Paris, 2 juin 1881, Sir., 1883, 2, 129. Amiens, 22 février 1882, Paris, 21 nov. 1882, Paris, 2 février 1882, Sir., *ibid.*]

[26 *bis*. Civ. rej., 18 juin 1872, Sir., 73, 1, 19. Req. 7 nov. 1876, Sir., 1878, 1, 448. Req. 21 janvier 1878, Sir., 78, 1, 269. Lyon, 7 janvier 1881, Sir., 81, 2, 25. Cpr. toutefois, sur l'application à cette espèce (achat dit au comptant, d'actions non encore émises, payables le ojur, d'ailleurs indéterminé, de l'émission) de la formule du texte, la

ment en examinant si, eu égard à l'importance des opérations, il était au pouvoir des parties d'exécuter réellement le marché, l'une par la livraison, et l'autre par le paiement [26 *ter*].

La seule circonstance que des marchés à terme, sérieux dans leur formation, [avaient] été liquidés au moyen du paiement de différences, ne leur [imprimait] pas le caractère de jeu [27].

Une jurisprudence constante [appliquait] les dispositions des art. 1965 et 1967 aux opérations de jeu sur effets publics, tout aussi bien qu'aux marchés à terme fictifs sur toutes autres valeurs [28].

Cette jurisprudence nous [paraissait] contestable en bonne théorie. Les paris sur la hausse ou la baisse des effets publics, étant prohibés [à cette époque] par les art. 421 et 422 du Code pénal [28 *bis*] ne [pouvaient] produire aucun effet, et [n'engendraient] pas même d'obligation naturelle. De pareilles opérations [tombaient], bien moins sous l'application des art. 1965 et 1967, qui supposent des conventions de jeux licites, que sous celle des art. 1131 et 1133. Mais au point de vue pratique, la question ne [présentait] pas d'intérêt sérieux, puisque les art. 1965 et 1967 étant même écartés, le gagnant n'en [était] pas moins destitué de toute action d'après les art. 1131 et 1133, et que l'action en répétition formée

note de M. Lyon-Caen. Req. 21 août 1882, Sir., 84, 1, 425. Req. 29 déc. 1884, Sir., 85, 1, 164.]

[26 *ter*. Besançon, 14 déc. 1878, sous Req. 16 déc. 1879, Sir., 81, 1, 421. Lyon, 22 février 1881, sous Req. 19 déc. 1881, Sir., 82, 1, 262. Paris, 29 sept. 1882, Sir., 83, 2, 129. Rennes, 7 déc. 1882, Sir., 83, 2, 172. Cass., 4 janvier 1886, Sir., 89, 1, 21, et sous le régime de la loi de 1885, Paris, 30 juin 1894, Sir., 1895, 2, 262.]

[27] Civ. rej., 26 août 1868, Sir., 69, 1, 20.

[28] Voy. pour l'application de l'art. 1965, les arrêts cités à la note 26 *supra*. Voy. pour l'application de l'art. 1967 les arrêts ci-après : Paris, 26 août 1825, Sir., 28, 2, 33 ; Req. rej., 25 janvier 1827, Sir., 27, 1, 122. Paris, 16 juillet 1851, Sir., 51, 2, 512 ; Req. rej., 27 janvier 1852, Sir., 54, 1, 140 ; Paris, 29 novembre 1858, Sir., 59, 2, 81 ; Req. rej., 2 août 1859, Sir., 59, 1, 817 ; Civ. rej., 24 juillet 1866, Sir., 67, 1, 24 ; Paris, 19 janvier 1867, Sir., 67, 2, 87 ; Paris, 27 juin 1867, Sir., 68, 2, 229.

[28 *bis*. Abrogés aujourd'hui par la loi précitée du 28 mars 1885.]

par le perdant [devait] toujours être rejetée en vertu de la maxime *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* [29].

Les mêmes observations s'appliquent aux marchés à terme fictifs, sur des valeurs industrielles dont la négociation est défendue par la loi du 15 juillet 1845 [30].

Les tiers (banquiers, commissionnaires, agents de change) qui [avaient] sciemment servi d'intermédiaires dans des marchés à terme présentant le caractère de jeu, [n'avaient] aucune action pour demander le remboursement des avances qu'ils [avaient] faites, ou pour se faire indemniser des engagements qu'ils [avaient] contractés en exécution du mandat à eux confié [31].

Il en [était] ainsi, dans le cas même où les marchés passés par de pareils intermédiaires, pour l'exécution des ordres à eux donnés, [avaient] été de leur part conclus d'une manière sérieuse, et suivis de livraisons ou de paiements réels [32].

[En sens inverse, leur client n'avait pas d'action contre eux pour les contraindre à la livraison des valeurs achetées par eux pour son compte, dans le cas où ces valeurs avaient été achetées avec les bénéfices résultant d'opérations de jeu antérieures dont rien n'avait effacé le caractère illicite [32] *bis*.]

Mais, si le mandataire chargé d'acheter ou de vendre des marchandises ou des valeurs quelconques, et même des effets publics, [avait] pu et [avait] dû croire à des opérations sérieuses de la part du mandant, il [était] auto-

[29] Pont, I, 627 et 663. Paris, 29 novembre 1858, Sir., 59, 2, 819. Req. rej., 2 août 1859, Sir., 59, 1, 817.

[30] Civ. rej., 19 mai 1855, Sir., 56, 1, 162.

[31] Paris, 9 août 1823, Sir., 23, 2, 262. Civ. rej., 4 août 1824, Sir., 24, 1, 409. Civ. cass., 25 février 1845, Sir., 45, 1, 161. Bordeaux, 3 février 1848, Sir., 49, 2, 693. Paris, 16 juillet 1851, Sir., 51, 2, 512. Paris, 31 juillet 1852, Sir., 52, 2, 690. Paris, 27 juin 1867, Sir., 68, 2, 229. [Cass., 16 déc. 1879, Sir., 81, 1, 421. Cass., 16 février 1881, Sir., 84, 1, 30. Lyon, 22 février 1881, sous Cass., 19 déc. 1881, Sir., 82, 1, 262. Rennes, 7 déc. 1882, Sir., 1883, 2, 172. Paris, 3 mai 1884, Sir., 84, 2, 166.]

[32] Req. rej., 27 juillet 1869, Sir., 69, 1, 448.

[32 *bis*. Req. 5 juillet 1876, Sir., 77, 1, 117. Req. 24 juin 1885, Sir., 89, 1, 10.]

risé à demander le remboursement de ses avances, bien que les opérations dans lesquelles il [avait] servi d'intermédiaire [eussent] été réglées au moyen du paiement de simples différences[33]. [La preuve que l'agent de change avait connu le caractère aléatoire des opérations susvisées, et leur avait prêté sciemment son ministère, incombait au client par lui poursuivi[33 bis], et le juge du fond appréciait souverainement les circonstances de fait qui étaient de nature à établir la bonne foi de l'intermédiaire sur ce point[33 ter].]

La remise entre les mains d'un agent de change, ou de tout autre intermédiaire, de titres destinés à lui servir de couverture dans des opérations de jeu, ne [constituait] qu'un nantissement. [Il en était autrement de la remise d'une somme d'argent même ultérieurement transformée en valeurs au porteur[33 quater]. La remise à titre de nantissement n'autorisait pas], par elle-même l'intermédiaire susvisé, en l'absence du pouvoir spécial donné à cet effet [[33 quinquies]], à réaliser ces titres pour en appliquer le produit au règlement des pertes [34]. Le commettant, resté

[33] Req. rej., 6 mars 1834, Sir., 34, 1, 180.[Cass., 15 juin 1874. Sir., 75, 1, 303. Cass., 31 janvier 1878, Sir., 78, 1, 269. Cass., 27 février 1878, Sir., 79. 1, 444. Lyon, 22 février 1881, sous Cass., 19 déc. 1881, Sir., 82, 1, 262. Cass., 23 janvier 1882, Sir., 82, 1, 263. Paris, 10 mars et 1er avril 1882 Sir., 82, 2, 177.]

[33 *bis*. Cass., 21 janvier 1878, Sir., 78, 1, 269. Cass., 23 janvier 1882. Sir., 82, 1, 263. Cass., 9 mars 1885, Sir., 85, 1, 241 (avec une note de M. Labbé, mais sur la question de compétence civile ou commerciale seulement). Req., 6 avril 1886, Sir., 88, 1, 207.]

[33 *ter*. Req. 23 juillet 1884, Sir., 86, 1, 309.]

[33 *quater*. Paris, 16 mars 1882, Sir., 83, 2, 57 et, sur pourvoi. Req., 27 nov. 1882, Sir., 83, 1, 211. La remise d'une somme d'argent constitue un payement anticipé. Il en serait ainsi, même dans l'hypothèse où cette somme aurait été transformée en titres au porteur, à condition que ces titres eussent conservé en fait, dans la pensée des parties, la même destination. Voy. les arrêts précités.]

[33 *quinquies*. Dont la preuve peut, d'ailleurs, résulter des circonstances, (Besançon, 27 déc. 1882, Sir., 83, 2, 129) et qui peut être révoqué avant réalisation (Cass., 22 mai 1889, Sir., 89, 1, 476).]

[34] Pont, I, 655. Paris, 11 mars 1851, Sir., 51, 2, 145. Bordeaux, 15 juin 1857, Sir., 57, 2, 533. Bordeaux, 25 août 1858, Sir., 59, 2, 88. Paris, 29 novembre 1858, Sir., 59, 2, 81. Paris, 19 novembre 1864, Sir., 64, 2, 281.

propriétaire de ces titres, [était] donc autorisé à en réclamer la restitution. Toutefois, cette action en restitution [n'était] plus recevable, si le perdant avait ultérieurement consenti à la vente des titres remis en couverture et à leur application au règlement des pertes, ou s'il en avait approuvé la réalisation, ou en laissant porter le produit au crédit de son compte [35]. [Plus généralement, c'est au juge du fait qu'il appartenait de décider souverainement si les opérations de bourse auxquelles les parties s'étaient livrées étaient ou non définitivement réglées antérieurement à la demande en justice formée par l'une contre l'autre, et, par conséquent, si les difficultés survenues depuis entre elles n'étaient point relatives à des opérations de jeu [35] *bis*. D'ailleurs, la transaction intervenue entre un banquier et son client, en conséquence d'opérations ayant le caractère de jeux de bourse, ne pouvait, comme telle, couvrir le vice originaire de la créance de l'un d'eux contre l'autre [35] *ter*.]

[La loi du 28 mars 1885, dont il a été précédemment fait mention, considère comme pleinement valables les marchés à termes sur effets publics et autres, ainsi que les marchés à livrer sur denrées ou marchandises. Elle les reconnaît légaux, mais la question se pose de savoir quel est le sens exact de cette formule, si elle se ramène à une présomption du caractère sérieux des marchés à terme qu'elle vise, et, à supposer l'affirmative sur ce point, si cette présomption admet, soit la preuve contraire, qui résulterait, par exemple, d'un écrit émané des parties, contemporain de l'origine des opérations, soit, et plus généralement, la recherche de l'intention des

Paris, 13 juin 1868, Sir., 68, 2, 208. [Cass., 12 déc. 1884, Sir., 86, 1, 368.] Voy. cep. Paris, 5 novembre 1849, Sir., 50, 2, 661.

[35] Paris, 26 mars 1832, Sir., 32, 2, 431. Req. rej., 2 août 1859, Sir., 59, 1, 817. Civ. rej., 24 juillet 1866, Sir., 67, 1, 24. Paris, 19 janvier 1867, Sir., 67, 2, 87. [Cass., 4 août 1880, Sir., 80, 1, 417. Rennes, 7 déc. 1882, Sir., 83, 2, 172. Cpr. Paris, 16 mars 1882, Sir., 83, 2, 57.]

[[35] *bis*. Req. 31 mars 1874, Sir., 75, 1, 365. Cpr. Civ. cass., 15 janvier 1894, Sir., 94, 1, 117 (cassation pour contrariété de motifs).]

[[35] *ter*. Cass., 17 janvier 1881, Sir., 82, 1, 160. Cpr. texte et note 19 *supra*.]

parties[35] *quater*. Nous répondons négativement sur ces trois points[35] *quinquies*.]

[La validité au fond des jeux de Bourse paraissant devoir normalement dépendre de la loi de la place où l'opération de Bourse a été faite, quels que soient le domicile ou la nationalité des parties, et quelles que soient les lois qui régissent les valeurs sur lesquelles l'opération a été faite, la loi du 28 mars 1885 s'applique, au regard des juridictions françaises, à toute opération de Bourse faite en France seulement[35] *sexies*.]

[[35] *quater*. La jurisprudence reste sur ce point très confuse. Voy. la note Labbé (seconde note), Sirey, 86, 2, 1, et la note Wahl, Sir., 95, 2, 257. — Trois systèmes en jurisprudence : 1° Validité complète, exclusive de toute recherche d'une intention contraire des parties : Montpellier, 7 mai 1885, Sir., 86, 2, 1. Paris, 19 juin 1885, Sir., 86, 2, 1 (note Labbé susvisée). Douai, 25 mars 1897, Sir., 97, 2, 238. Cass., 22 juin 1898, Sir., 98, 1,. 313. Cass., 19 mars 1900, Sir., 1900, 1, 530. Cass., 1er août 1904, Sir., 05, 1, 79. 2° Validité sauf écrit contraire contemporain : Paris, 6 juin 1885, Sir., 86, 2, 1. Dijon, 18 mars 1891, Sir., 92, 2, 53. Paris, 12 mars 1896, et 23 juillet 1896, Sir., 97, 2, 69. Rouen, 5 mai 1897, Sir.,, 97, 2, 238. 3° Validité, sauf intention contraire des parties, prouvée par tous intéressés et par tous moyens de preuve : Paris, 30 juin 1894, Sir., 95, 2, 257 (note Wahl). Paris, 30 juin 1894, Sir., 95, 2, 262. Paris, 31 mai 1895, Sir., 96, 2, 47. Angers, 8 juillet 1895, Sir., 95, 2, 257. Paris, 22 nov. 1895, Sir., 96, 2, 47. Nancy, 30 nov. 1896, Sir., 97, 2,72. Paris, 15 déc. 1896, Sir., 97, 2, 69. Paris, 19 déc. 1896 (trois arrêts), Sirey *ibid.*]

[[35] *quinquies*. Par conséquent, nous ne tiendrions même pas compte de l'aveu du poursuivant. Cpr. § 750, texte et note 11.]

[[35] *sexies*. La solution de principe sur laquelle nous fondons la règle posée au texte, quant à l'étendue d'application de la loi du 28 mars 1885, est très généralement admise. Voy. not. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, IV, n° 985. Wahl, notes au Sirey, sous un arrêt de la cour de Rome, 13 juillet 1895, Sir., 97, 4, 1, et sous un arrêt de la cour de Florence, du 24 nov. 1900, Sir., 01, 4, 9. Paris, 26 juin 1906, Clunet, 1907, 752. M. Wahl la présente expressément comme une application de la règle générale d'après laquelle les effets des contrats sont déterminés, en droit international privé, par la loi du lieu où les parties ont contracté. Cette doctrine est, à notre avis, bien difficile à défendre. Outre que, dans l'opinion générale, la loi du lieu où les parties ont contracté ne régit le contrat qu'autant que les parties sont de nationalités différentes, cette loi n'intervient alors que par l'effet d'une présomption de volonté conforme chez elles : c'est ce qu'on appelle, d'une expression un peu elliptique, le statut d'autonomie. Or, il est clair qu'il résulte de cette explication que la loi du lieu de la formation

b. *Du contrat de rente viagère.*

SOURCES. *Code Napoléon*, art. 1968-1983. Les dispositions de ces articles sont puisées dans l'ancienne jurisprudence. — BIBLIOGRAPHIE. *Traité du contrat de constitution de rente*, par Pothier. *Des contrats aléatoires*, par Troplong ; Paris, 1845, 1 vol. in-8. Pont, *Des petits contrats*, I, nos 665 à 790.

§ 387.

Notion des rentes viagères.

Une rente, en général, est une créance dont le créancier ne peut exiger le remboursement, mais à raison de

du contrat n'intervient que pour résoudre les questions sur lesquelles il appartiendrait aux parties de s'entendre volontairement elles-mêmes, c'est-à-dire sur les effets du contrat, et la substance des obligations qu'il met à la charge de chacune d'elles. Cette loi n'a aucun titre à intervenir pour décider de la validité ou de la nullité du contrat lui-même, puisqu'il s'agit là de questions sur lesquelles la volonté des parties n'a aucune prise. Cpr. § 31, texte, après la note 61, où cette distinction entre la question de la validité du contrat et celle de ses effets a déjà été faite. — Quant à l'argumentation de MM. Lyon-Caen et Renault, si elle échappe à l'objection que nous venons d'adresser à celle de M. Wahl, son imprécision ne nous permet pas de nous l'approprier. « Il est conforme aux principes généraux, disent les éminents jurisconsultes, de s'attacher à la loi du pays où un acte a été fait pour en déterminer la nature. » Il est regrettable que les savants auteurs n'aient indiqué aucune référence à l'appui du prétendu principe sur lequel ils se fondent, et sur lequel il y a lieu, nous semble-t-il, de faire les plus expresses réserves, en ce qui concerne les opérations juridiques en général. Ce principe, d'ailleurs, même à supposer qu'il fût exact, ne saurait servir à justifier la solution qu'en tirent MM. Lyon-Caen et Renault. La question est en effet de savoir, non pas quelle est la *nature* de l'opération de bourse, c'est-à-dire à quelle catégorie de contrats elle appartient, mais si elle est, en elle-même, valable ou nulle, ce qui est tout à fait différent. — En ce qui me concerne, je serais porté à penser que la seule justification possible de la règle posée au texte doit être cherchée dans les nécessités pratiques auxquelles doit répondre la réglementation des opérations de bourse, qui ne ressemblent, sous ce point de vue, à aucun autre acte quelconque. La sécurité des relations juridiques exige que les personnes qui font des opérations de bourse puissent traiter sur la foi de la législation à laquelle obéit la Bourse à laquelle elles s'adressent, sans aucune considération de la législation

laquelle il lui est dû des prestations annuelles, en argent ou en denrées. Ces prestations se nomment arrérages. Art. 1909.

Les rentes viagères, ainsi appelées par opposition aux rentes perpétuelles, sont celles dont la durée est restreinte à la vie du créancier ou d'une autre personne. Art. 1910.

[Le bail à nourriture n'est pas un contrat de rente viagère[1]].

applicable aux opérations de bourse, comme telles, dans l'État dont ces personnes sont les ressortissants. L'égalité entre vendeurs et acheteurs le veut ainsi. Il y a là, de la part de chaque législation, comme une limitation volontaire de ses effets au territoire qu'elle régit, de telle sorte que ses ressortissants qui traitent dans une Bourse étrangère ne puissent jamais se prévaloir, dans cette mesure, même devant les juridictions de leur pays, de la loi même de leur pays, du moment qu'ils ont traité sur la foi des règles d'un marché étranger. — Pour les jurisconsultes qui ramènent la loi du 28 mars 1885 à une simple présomption du caractère sérieux des opérations de Bourse, réserve faite de la preuve contraire, la justification de la règle posée au texte est beaucoup plus simple. S'agissant d'une présomption, c'est-à-dire d'une question de preuve, et, plus précisément, de constitution de la preuve, la loi applicable à une opération de bourse faite en France est naturellement la loi française, la preuve des actes juridiques et par conséquent du caractère de ces actes dépendant, en principe, de la loi du lieu où ils ont été faits. Voy. not. § 31, texte et note 77 et suiv. Mais nous rejetons ce raisonnement puisque nous avons rejeté l'interprétation de la loi de 1885 qui lui servait de fondement.]

[[1] Voy. sur cette matière Lalou, *Du bail à nourriture*, Paris, 1900, in-8°. — La constitution de rente viagère met à la charge du débirentier une obligation de donner, fixe, tant en ce qui concerne la nature de l'objet dû qu'en ce qui concerne les échéances choisies, et cessible. Le bail à nourriture met à la charge du preneur une obligation de faire, indéterminée quant à sa valeur, continue dans le temps, et incessible. Il n'y a pas plus de raison de confondre, en droit, le bail à nourriture avec la constitution de rente viagère, qu'il n'y a lieu de le confondre avec la vente, quand l'acheteur s'engage à entretenir le vendeur de tout ce qui est nécessaire à la vie (cpr. § 349, texte et notes 24 et 25), avec le louage d'ouvrage (par exemple au point de vue de l'application des art. 1715, 7116, 1717, 1780) ou avec la société (par exemple au point de vue de l'application des art. 1865 et 1872). Voy. sur ces différents rapprochements Lalou, p. 119 et suiv. — Il résulte de là qu'on ne doit appliquer au bail à nourriture, ni la nullité dans le délai de vingt jours de l'art. 1975 (Rennes, 21 mai 1883, Sir., 85, 2, 184. Voy. cep. Seine, 2 mars 1898, *Gaz. des Tribunaux*, 1898, 2, 344. Cpr. Lalou, p. 272), ni la suppression

§ 388.

De la constitution des rentes viagères.

Une rente viagère peut être constituée, soit à titre gratuit, par donation entre vifs ou par testament, soit à titre onéreux.

Lorsqu'une rente viagère est constituée par une disposition à titre gratuit, cette disposition est soumise, à tous égards, aux règles prescrites pour les donations entre vifs et les actes de dernière volonté[1]. Art. 1969 et 1970.

La rente viagère peut être constituée à titre onéreux, soit moyennant la translation de la propriété d'un objet mobilier ou immobilier, soit en retour de l'abandon d'une somme d'argent [[1] *bis*]. Art. 1968. Au premier cas, la convention est un contrat parfaitement synallagmatique, qui, sauf les modifications résultant de sa nature aléatoire[2], est régi par les principes de la vente. Au second cas, la convention est une véritable constitution de rente, et rentre dans la classe des contrats imparfaitement synallagmatiques [3].

Si le prix d'une rente viagère est fourni par un tiers, la libéralité que celui-ci exerce par ce moyen envers la

du droit de résolution par l'art. 1978. Grenoble, 19 février 1907, Sir., 07, 2, 230. Cpr. Lalou, p. 356 et suiv. — Indépendamment de l'intérêt fiscal que présente la détermination précise de la nature du bail à nourriture (voy. Lalou, p. 384 et suiv.) des questions très délicates peuvent s'élever en ce qui concerne l'apport du congréganiste à la congrégation dont il fait partie, connu sous le nom de dot moniale, et présentant, à beaucoup d'égards, les caractères d'un bail à nourriture. Voy. § 649, texte et note 68 *bis*.]

[1] Voy. cep. la disposition spéciale de l'art. 917.

[[1] *bis*. Cpr. Cass., 13 mai 1888, Sir., 90, 1, 169, et la note de M. Lacoste.]

[2] C'est à raison de la nature aléatoire du contrat de rente viagère, que l'action en résolution, pour défaut de paiement des arrérages, et l'action en rescision, pour cause de lésion, ne sont pas recevables contre une vente faite moyennant une rente viagère. Art. 1978. Pont, I, 678. Cpr. § 358, notes 7 à 12.

[3] D'après M. Pont (I, 677 et 678), la constitution de rente devrait, comme tout prêt de consommation, être rangée parmi les contrats unilatéraux. Voy. pour la réfutation de cette opinion, la note 1re du § 394.

personne au profit de laquelle la rente se constitue, est régie, quant à sa validité intrinsèque et à ses effets, par les règles générales sur les dispositions à titre gratuit[4]. Mais l'acte de constitution de rente n'est pas, quant à sa validité extrinsèque, soumis aux formalités requises pour les donations entre vifs[5]. Art. 1973.

Une rente viagère peut être constituée, soit sur la tête de celui qui en fournit le prix, ou de celui qui en doit jouir, soit sur la tête d'une tierce personne, qui ne doit y acquérir aucun droit, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir son consentement à cet effet[6]. Art. 1971. Elle peut même être établie sur la tête du débiteur[7]. Il est également permis de l'établir sur plusieurs têtes. Art. 1972.

Une rente viagère peut être créée au profit d'une seule personne ou de plusieurs, appelées à en jouir, soit conjointement, soit successivement[8]. Réserve faite, d'ailleurs, dans cette dernière hypothèse, du caractère de la constitution de rente au profit du survivant, dans ses rapports, soit avec le prémourant, soit avec le débi-rentier[8 bis].

Le contrat de rente viagère est à considérer comme non avenu, lorsque la rente a été constituée sur la tête d'une personne qui n'était plus en vie au jour où il a été

[4] Ainsi, elle est nulle, lorsqu'elle est faite au profit d'une personne incapable de recevoir à titre gratuit. Elle est réductible au taux de la quotité disponible, lorsqu'elle est faite par une personne qui laisse des héritiers à réserve. Pont. I. 697.

[5] Ainsi, elle peut être faite par acte sous seing privé; et elle n'est pas assujettie à une acceptation expresse. Duranton, XVIII. 140. Pont. I. 696. La raison en est que, dans l'hypothèse dont il s'agit, le contrat de constitution de rente est à titre onéreux entre les parties principales, c'est-à-dire entre le constituant et celui qui fournit le prix de la rente, et que la libéralité faite au profit du tiers auquel la rente doit être servie, n'est qu'une stipulation accessoire. Art. 1121. — L'annulation, la révocation, ou la réduction de cette libéralité, n'influerait en aucune manière sur l'efficacité du contrat, qui devrait être exécuté au profit de celui qui a fourni le prix de la rente, ou de ses héritiers. Pont. I. 697.

[6] Pont. I. 687. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 388, note 4.

[7] Duranton, XVIII. 130, Troplong, n° 241, Pont. I, 689.

[8] Duranton, XVIII. 135. Cpr. § 390, texte et note 2.

[8 bis. Poitiers, 1er février 1881. Sir., 82. 2. 27. Req. mêmes parties, 6 nov. 1882. Sir., 84. 1. 237.]

conclu. Art. 1974, Il en est de même dans le cas où la rente a été créée sur la tête d'une personne qui était déjà atteinte, au moment du contrat, d'une maladie des suites de laquelle elle est morte dans les vingt jours de la date de ce contrat [8 *ter*]. Art. 1975. Dans ce dernier cas, le contrat resterait sans effet, lors même que les parties auraient eu connaissance de la maladie [9], ou qu'elles auraient manifesté l'intention de déroger à cet égard aux dispositions de la loi [10].

Il importe peu, pour l'application des art. 1974 et 1975, que la rente ait été constituée sur la tête du crédi-rentier lui-même, ou sur celle de toute autre personne [11].

[8 *ter*. Cette formule exclut l'hypothèse d'un suicide du crédi-rentier, même à supposer qu'il fût atteint, lors de la conclusion du contrat, de la monomanie du suicide. Caen, 22 nov. 1871, Sir., 72, 2, 29.]

[9] Toullier, VI, 47. Delvincourt, sur l'art. 1975. Zachariæ, § 388, note 6. [Trib. d'Angers, 23 mars 1896, sous Angers, 29 juin 1897, Sir., 1900, 2, 273, note Wahl.] Voy. cep. Pont, I, 719. D'après cet auteur, le contrat pourrait valoir dans ce cas, sinon comme convention aléatoire et à titre onéreux, du moins comme donation déguisée, faite sous la condition casuelle de la mort, dans les vingt jours, de la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée. Nous ne saurions admettre cette manière de voir : l'intention d'exercer un acte de libéralité ne résulte nullement, à notre avis, de la circonstance que l'état de maladie de celui sur la tête duquel la rente est constituée, aurait été connu du crédi-rentier.

[10] Dans ce cas même, le contrat devrait, d'après l'esprit de la loi, être considéré comme étant dépourvu de cause réelle et suffisante. Zachariæ, § 388, note 8. Req. rej., 15 juillet 1824, Sir., 25, 1, 46. [Angers, 29 juin 1897, Sir., 1900, 2, 273, note Wahl.] Voy. cep. Pont, *loc. cit.* Cet auteur applique, *a fortiori*, à cette hypothèse, la solution par lui donnée à l'hypothèse précédente, par le motif que la disposition de l'art. 1975 n'est pas d'ordre public. Mais là n'est pas la question, qui est de savoir s'il peut exister un contrat aléatoire sans une *alea* suffisante dans le sens de la loi. Pour rester conséquent à son idée, M. Pont aurait dû aller jusqu'à dire que le contrat vaut, en pareil cas, comme convention aléatoire et à titre onéreux ; et cependant il ne le maintient qu'à titre de donation déguisée. A ce point de vue, nous ferons remarquer que, quand même on devrait voir dans la dérogation de l'art. 1975, la preuve de la volonté d'exercer un acte de libéralité, ce qui est tout au moins contestable, la convention ne pourrait, malgré cela, être maintenue comme donation déguisée, puisque, prise avec son caractère apparent, elle ne réunirait pas les conditions requises pour son efficacité.

[11] Duranton, XVIII, 149. Troplong, n° 266. Rouen, 25 juin 1808, Sir., 8, 2, 72. Req. rej., 19 janvier 1814, Sir., 20, 1, 479.

Que si la rente avait été constituée sur la tête de plusieurs personnes, le décès de l'une d'elles seulement, dès avant la conclusion du contrat, ou dans les vingt jours qui l'ont suivie, ne suffirait pas pour faire considérer ce contrat comme non avenu, alors du moins que la rente devait, malgré cet événement, continuer à être servie dans son intégralité [12]. Il en serait autrement, si

[12] Duranton, XVIII, 149. Troplong, n° 275. Taulier, VI, p. 506. Zachariæ, § 388, notes 5 et 8. Civ. cass., 22 février 1820, Sir., 20, 1, 82. Grenoble, 21 juin 1822, Dev. et Car. *Coll. nouv.*, VII, 2, 88. [Civ. cass., 14 nov. 1904, Sir., 05, 1, 5.] Voy. en sens contraire : Labbé, Sir., 65, 2, 321 à la note ; Bidart, *Revue pratique*, 1868, XXII, p. 333 et suiv. [Douai, 23 nov. 1901, Sir., 02, 2, 297, cassé par l'arrêt précité du 14 nov. 1904.] Ces auteurs écartent, avec raison, l'argument de texte qu'on a voulu tirer du rapprochement des art. 1974, 1975 et 1972. Si les deux premiers de ces articles s'expriment au singulier, ce n'est pas, en effet, une raison pour en conclure qu'ils soient complètement étrangers à l'hypothèse où, conformément à l'art. 1972, la rente a été constituée sur la tête de plusieurs personnes ; et ils s'y appliqueraient évidemment, si toutes ces personnes étaient déjà mortes lors de la conclusion du contrat, ou venaient à décéder dans les vingt jours de sa passation. Mais, si l'art. 1972 ne fournit aucun argument en faveur de notre opinion, on ne saurait pas davantage l'invoquer en faveur du système contraire, pour en conclure que, par cela seul que l'une des personnes, sur la tête desquelles la rente a été constituée, était déjà morte à la date du contrat, ou est venue à décéder dans les vingt jours de sa passation, il doit y avoir lieu à l'application des art. 1974 et 1975. La vérité est que la difficulté qui nous occupe n'a pas été prévue par le législateur, et, à défaut du texte qui la décide, c'est dans l'esprit de la loi qu'il faut en chercher la solution. Or comme dans le cas où la rente est constituée sur la tête d'une seule personne, la survie de cette personne à l'expiration du délai de vingt jours depuis la passation du contrat, forme, aux yeux de la loi, une *alea* suffisante, on ne voit pas pourquoi il en serait autrement, lorsque la rente ayant été constituée sur la tête de plusieurs personnes, une seule d'entre elles serait décédée dans le délai de vingt jours. Vainement dirait-on que les art. 1974 et 1975 ne contiennent qu'une application de la règle générale, d'après laquelle toute erreur portant sur la substance de la chose entraîne la nullité du contrat, et qu'une pareille erreur se rencontre dans le contrat de constitution de rente viagère, par cela même que l'une des personnes sur la tête desquelles la rente a été établie, était morte au jour du contrat, ou est venue à décéder dans les vingt jours qui l'ont suivi. Cette explication doit être rejetée comme conduisant à des conséquences inadmissibles, puisqu'il en résulterait que, si celui qui a fourni la valeur de la rente, avait connu la mort de la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée, le contrat serait parfaitement valable. On oublie d'ailleurs que les art. 1974 et 1975 ne se

par suite du décès de l'un de ceux sur la tête desquels la rente a été constituée, elle ne devait passer au survivant que réduite à moitié, ou dans toute autre proportion [13].

[Les art. 1974 et 1975 s'appliquent, non seulement à l'hypothèse d'une constitution de rente viagère, mais aussi à l'hypothèse d'une vente faite moyennant le service par l'acheteur d'une rente viagère existant déjà à la charge du vendeur au profit d'un tiers [13 *bis*].

bornent pas à ouvrir une action en nullité dans les hypothèses auxquelles ils s'appliquent, et déclarent que le contrat ne produit aucun effet ; ce qui indique clairement qu'aux yeux du législateur, le vice dont le contrat est infecté n'est pas celui d'erreur, mais résulte de l'absence d'une cause suffisante. Art. 1131. Cpr. Pont, I, 709 et 721. Cet auteur n'admet notre manière de voir que pour l'hypothèse prévue par l'art. 1975, et la rejette pour celle dont s'occupe l'art. 1974. Mais cette distinction nous paraît arbitraire, puisque l'art. 1975 se reliant à l'art. 1974 par les mots *Il en est de même*, les deux hypothèses que prévoient ces articles, se trouvent soumises à la même règle. [Cpr. aussi la note de M. Lyon-Caen, sous l'arrêt précité de la Chambre civile du 14 nov. 1904, Sir., 05, 1, 5. L'éminent jurisconsulte, tout en admettant, comme nous, que les deux articles 1974 et 1975 se rattachent au système de la loi sur la cause dans les obligations, et plus particulièrement à l'art. 1131, critique la restriction que nous apportons au texte à l'application de ces deux dispositions, et argumente de cette restriction même, visée à la note 13 *infra*, pour soutenir que la nullité de la constitution de la rente viagère, que nous admettons en effet dans cette hypothèse, doit pareillement s'étendre à l'hypothèse visée à la présente note. Les observations que nous avons présentées plus haut sur la nature de l'*alea* dont la loi se contente pour laisser au contrat de constitution de rente sa pleine validité, lorsque la rente est constituée sur une seule tête et que le crédi-rentier survit à l'expiration du délai de vingt jours, nous paraissent répondre par anticipation à la critique de M. Lyon-Caen.]

[13] Dans ce cas, en effet, le contrat manquerait de cause pour la partie de la rente frappée d'extinction ; et ce vice affecterait le contrat tout entier. Paris, 23 mars 1865, Sir., 65, 2, 321. Req. rej., 6 février 1866, Sir., 66, 1, 192. [Bordeaux, 7 août 1872, Sir., 73, 2, 15. Cpr. en ce sens. Civ. cass., 14 nov. 1904, Sir., 05, 1, 5. (note critique Lyon-Caen).] Voy. en sens contraire : Bordeaux, 10 février 1857, Sir., 57, 2, 544 ; Lyon, 1er juillet 1858, Sir., 59, 2, 163 ; Paris, 23 mai 1865, Sir., 65, 2, 323 ; Douai, 30 novembre 1866, Sir., 66, 2, 232. [M. Lyon-Caen (note sous l'arrêt précité de la Chambre civile, du 10 nov. 1904, Sir., 05, 1, 5), tout en rattachant, comme nous, les deux dispositions des art. 1974 et 1975 au système de la loi sur la cause, et plus particulièrement à l'art. 1131, pense que ces dispositions restent applicables même à l'hypothèse visée à la présente note.]

[1 *bis*. Angers, 29 juin 1897, Sir., 1900, 2, 273, note Wahl. M. Wahl

Du reste, les art. 1974 et 1975 ne concernent que les rentes constituées à titre onéreux, et sont étrangers aux donations faites sous la charge d'une rente viagère [14].

La partie qui invoque l'application de l'art. 1975 est tenue de prouver, non seulement que la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée était malade lors de la passation du contrat, mais encore qu'elle est morte dans les vingt jours des suites de la maladie dont elle était atteinte à cette époque [15].

On applique au calcul du délai de vingt jours, fixé par l'art. 1975, la règle générale suivant laquelle le *dies a quo* ne se compte pas pour la supputation du délai [16].

Lorsque la rente a été établie par un acte sous seing privé, la seule circonstance que cet acte n'aurait pas acquis date certaine avant les vingt jours qui ont précédé la mort de la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée, n'autoriserait pas celui qui en a fourni la

montre très bien, dans sa note, qu'on ne pourrait limiter l'application des art. 1974 et 1975 à l'hypothèse d'une constitution de rente, que si l'on rattachait la nullité dont ils frappent cette opération à l'art. 1110. Elle se rattache, selon nous, à l'art. 1131. Cpr. la note 12 *supra*.]

[14] Troplong, n° 267. Pont, I, 717. Civ. cass., 18 juillet 1836, Sir., 36, 1, 535. [Bordeaux, 9 nov. 1901, et Cass., 17 février 1904, Sir., 04, 1, 335.] Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 388, note 8 *in fine*. Des trois arrêts que cet auteur invoque à l'appui de son opinion, les deux premiers, déjà cités à la note 11 *supra* ,sont étrangers à la question actuelle, et le troisième (Montpellier, 28 décembre 1832) a été cassé par l'arrêt de la cour suprême indiqué en tête de la note. — Il est du reste bien entendu que, si un acte, qualifié donation, renfermait en réalité une constitution de rente viagère au taux usité en cette matière, et par conséquent établie à titre onéreux, il y aurait lieu à l'application des art. 1974 et 1975. Req. rej., 10 juillet 1855, Sir., 56, 1, 262.

[15] Duranton, XVIII, 147. Troplong, n° 273. Pont, I, 715. [Cass., 10 déc. 1902, Sir., 03, 1, 263.] Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 425. Cpr. aussi : Paris, 13 juillet 1808, Sir., 9, 2, 221. [Des questions délicates relatives au secret professionnel du médecin qui a soigné le crédi-rentier dans la maladie dont il est mort, peuvent d'ailleurs se poser en pareil cas. Voy. l'arrêt précité de la Cour de cassation du 10 déc. 1902 et la note. Voy. aussi, Besançon, 7 juin 1899, Sir., 01, 2, 108. Cpr. dans un ordre d'idées voisin, Cass., 1er mai 1899, Sir., 01, 1, 161 et la note de M. Esmein.]

[16] Troplong, n° 276. Pont, I, 714. Zachariæ, § 388, texte et note 7. Rouen, 15 décembre 1821, Sir., 22, 2, 224. Cpr. § 49, texte et note 15.

valeur ou ses héritiers à invoquer l'application de l'art. 1975[17]. Mais ils seraient admis à prouver par témoins, et même à l'aide de simples présomptions, que l'acte de constitution, quoique portant une date antérieure, n'a été passé en réalité que dans le délai déterminé par cet article[18].

Les parties ont la faculté d'établir la rente viagère au taux qu'il leur plaît de fixer[19]. Art. 1976. Toutefois, une convention qualifiée de constitution de rente viagère pourrait, par appréciation de son véritable objet, être déclarée ne contenir qu'un prêt usuraire déguisé, et, dans ce cas, les effets en seraient déterminés par les règles relatives au prêt à intérêt [20].

Les rentes viagères peuvent être déclarées insaisissables, mais dans le cas seulement où elles sont créées à titre gratuit, c'est-à-dire quand elles constituent une libéralité exercée envers celui qui doit en jouir [21]. Art. 1981. Une rente constituée à pareil titre est insaisissable, même en l'absence de déclaration expresse de la part du donateur ou testateur, si elle a été donnée ou léguée à titre d'aliments. Code de procédure, art. 581, nos 3 et 4 [22].

Lorsqu'une rente viagère a été créée à titre onéreux,

[17] Troplong, n° 277. Duranton, XVIII, 131. Marinier, *Revue pratique*, 1857, II, p. 265 et suiv., n° 3. Taulier, VI, p. 506. Pont, I, 724. Zachariæ, § 388, note 7 *in fine*. Civ. cass., 21 mars 1842, Sir., 42, 1, 300. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 425; Colmar, 20 septembre 1830, Sir., 31, 2, 183; Angers, 18 février 1837, Sir., 39, 2, 426. Cpr. aussi : Pont, I, 723 ; Req. rej., 15 juillet 1824, Sir., 25, 1, 48.

[18] *Non obstat* art. 1322 : Arg. art. 1348 et 1353. Voy. les autorités citées à la note précédente.

[19] Les dispositions de la loi du 3 septembre 1807 sur le taux de l'intérêt sont, à raison même de la nature aléatoire du contrat de rente viagère, inapplicables à ce contrat. Maleville, sur l'art. 1976. Duranton, XVIII, 152. Zachariæ, § 388, texte et note 10.

[20] Pont, I, 728. Civ. cass., 31 décembre 1833, Sir., 34, 1, 104. Req. rej., 26 juin 1845, Sir., 45, 1, 834.

[21] Un donateur ne pourrait pas déclarer insaisissable la rente viagère qu'il stipulerait à son profit, comme charge de la donation. Pont, I, 780. Rennes, 25 juillet 1840, Sir., 40, 2, 422. Cpr. § 327, note 5.

[22] Cpr. cep. Code de procédure, art. 582 ; Duranton, XVIII, 180.

ce ne sont pas seulement les arrérages échus, mais encore ceux à échoir, qui peuvent être frappés de saisie, ainsi que le fonds même de la rente [23].

§ 389.

Des droits et des obligations qui résultent du contrat de rente viagère.

Le débiteur d'une rente viagère est tenu :

1° De fournir toutes les sûretés qu'il a promises. Art. 1977.

2° De payer régulièrement les arrérages, aux époques déterminées par le contrat, et tant que durera la rente. Art. 1978.

Les arrérages s'acquièrent jour par jour. Le créancier n'y a droit qu'en proportion du nombre de jours qu'a vécu la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée [1]. Toutefois, s'il a été convenu que la rente serait payée d'avance, chaque terme est acquis en entier au créancier du jour où le paiement a dû en être fait. Art. 1980.

[23] Troplong, n° 345. Roger, *De la saisie-arrêt*, n° 358 *bis*. Pont, I, 777. Zachariæ, § 388, note 2. Paris, 2 janvier 1823, Sir., 25, 2, 5. Chambéry, 8 mars 1862, Sir., 62, 2, 529.

[1] Les arrérages s'acquérant par jour, et non par heure, ils ne sont dus que dans la proportion du nombre de jours expirés au moment du décès de la personne sur la tête de laquelle la rente était constituée. Le créancier ou ses héritiers n'ont donc pas droit aux arrérages du dernier jour de la vie de cette personne. Cpr. art. 586. Proudhon, *De l'usufruit*, II, 910. Pont, I, 773. Zachariæ, § 389, note 1. Mais il ne faut pas conclure de là que, dans le cas où la rente a été stipulée payable d'avance, le créancier ou ses héritiers n'aient droit à un nouveau terme qu'autant que la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée survit à la fin du jour fixé pour son échéance. Le terme est acquis par cela seul que cette personne vivait encore au commencement de ce jour. Nous croyons devoir rétracter l'opinion émise sur ce point dans nos précédentes éditions, par la raison qu'il s'agit de déterminer, non le jour auquel le débiteur peut être poursuivi, mais le moment auquel le droit du créancier à un nouveau terme s'est trouvé ouvert. Pont, I, 775. Voy. en sens contraire : Troplong, n° 336 ; Taulier, VI, p. 510.

On ne peut exiger le paiement des arrérages d'une rente viagère qu'en justifiant de l'existence de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée, jusqu'à la fin du dernier jour pour lequel ils sont réclamés. Art. 1983.

Ce fait peut être prouvé soit par un certificat de vie [2] ou par un acte de décès, soit à l'aide de tout autre moyen de preuve [3]. Toutefois, si le crédi-rentier ou ses héritiers veulent procéder par voie de saisie, ils doivent, en général, pour la validité de leurs poursuites, signifier, avec le commandement, un certificat de vie ou un acte de décès [4].

§ 390.

Des différentes manières dont s'éteint l'obligation de servir une rente viagère, et dont se résout le contrat de constitution.

L'obligation de servir une rente viagère s'éteint par la mort naturelle [1] de la personne ou des personnes sur la tête desquelles elle a été constituée. Art. 1980, al. 1.

A moins de stipulation contraire, la rente constituée au profit de plusieurs personnes, de deux époux, par exemple, ne s'éteint pas pour partie par la mort de l'une d'elles ; elle passe tout entière sur la tête des survivants [2].

[2] Cpr. sur les autorités compétentes pour délivrer des certificats de vie et sur la forme de ces actes. Loi des 6-27 mars 1791, art. 11. — Voy. en particulier sur les attestations à produire par les pensionnaires de l'État : Décrets des 21 août et 23 septembre 1806 ; Ordonnance du 6 juin 1839.

[3] Cpr. § 53, texte et note 15 et 16.

[4] Req. rej., 18 juin 1817. Sir , 17, 1, 288 Civ. rej , 19 novembre 1817, Sir., 18, 1, 85. Cpr. cep. Pont, 1, 789 et 790 ; Req. rej., 19 août 1824, Sir., 25, 1, 49 ; Paris, 17 janvier 1840, Sir., 40, 2, 50 ; Req. rej., 9 juin 1869, Sir., 69, 1, 405.

[1] A la différence de la mort naturelle, la mort civile n'entraînait pas l'extinction de la rente viagère. Art. 1982. Cpr. sur les effets que la mort civile produisait en cette matière : § 82, texte et note 10.

[2] Pothier, nos 241 et suiv. Troplong, nos 245 et suiv. Taulier, VI, p. 503. Pont, I, 692. Zachariæ, § 388, note 4 *in fine*. Req. rej., 18 janvier 1830. Sir., 30, 1, 142. Voy. en sens contraire : Duranton, XVIII, 34 ; Dijon, 22 janvier 1845, Dalloz, 1845, Part. IV, vo Legs, no 3.

Lorsque le débiteur d'une rente viagère a donné la mort à la personne sur la tête de laquelle elle avait été constituée, le crédi-rentier ou ses héritiers ont droit à des dommages-intérêts, dont la quotité doit être arbitrée par le juge. Ils peuvent, de plus, si le contrat a été fait à titre onéreux, en provoquer la résolution [3].

Dans le cas où le créancier d'une rente viagère créée sur la tête d'un tiers vient à décéder avant ce dernier, la rente passe à ses héritiers, qui sont autorisés à en réclamer les arrérages jusqu'au décès de ce tiers [4].

Lorsque le débiteur d'une rente viagère, constituée à titre onéreux, néglige de fournir les sûretés par lui promises[5], ou diminue par son fait celles qu'il a données[6], le créancier est autorisé à demander la résolution du contrat de constitution, et, par suite, la restitution du prix de la rente. Art. 1977.

Le débiteur doit être considéré comme ayant diminué par son fait les sûretés données pour l'exécution du contrat, lorsqu'il a aliéné une partie de l'immeuble ou des immeubles hypothéqués, sans interdire à l'acquéreur la faculté de purger[7]. La vente intégrale du seul immeuble hypothéqué à la garantie de la rente, que le débiteur aurait consentie sans imposer à l'acquéreur l'obligation de la servir, pourrait aussi, selon les circonstances, constituer une diminution des sûretés

[3] Pont, I, 784. Poitiers, 13 nivôse an X, Sir., 2, 2, 129. Paris, 18 janvier 1811, Sir., 11, 2, 81. Amiens, 10 décembre 1840, Sir., 43, 2, 3.

[4] Delvincourt, III, Part. I, p. 206. Pont, I. 688. Cpr. Req. rej., 29 mai 1865, Sir., 65, 1, 224.

[5] L'insuffisance des sûretés promises par le débiteur de la rente et l'absence même de pareilles sûretés ne donnent pas lieu à l'application de l'art. 1977. Pont, I, 736. Zachariæ, § 390, note 3. Civ. cass., 18 décembre 1822, Sir., 23, 1, 220. Douai, 25 novembre 1833, Sir., 34, 2, 238. — Mais il importe peu que les sûretés aient été promises purement et simplement, ou qu'elles n'aient dû être fournies que dans telle ou telle éventualité. Civ. cass., 2 décembre 1856, Sir., 57, 1, 356.

[6] Arg. art. 1188. Duranton, XVIII, 163. Troplong, n° 291. Taulier, p. 507. Pont, I, 737.

[7] Cpr. § 286, texte n° 1 et note 14. Pont, I, 739. Colmar, 25 août 1810, Sir., 11, 2, 52. Pau, 23 août 1834, Sir., 35, 2, 120.

données[8]. Mais l'établissement par le débiteur de nouvelles hypothèques sur les immeubles affectés à la garantie de la rente, ne constitue pas une diminution de sûretés dans le sens de l'art. 1977 ; et cela quand même les nouveaux créanciers hypothécaires auraient poursuivi la vente forcée de ces immeubles[9]. Du reste, si les sûretés avaient été diminuées indépendamment du fait du débiteur, le créancier ne pourrait, à défaut de nouvelles garanties, demander la résolution du contrat[10].

Le débiteur, poursuivi en résolution du contrat conformément à l'art. 1977, peut cependant, jusqu'au jugement définitif, arrêter les effets de la demande, en fournissant les sûretés stipulées, ou en reconstituant celles qu'il a diminuées[11]. Cette demande tomberait d'ailleurs d'elle-même, et la rente serait à considérer comme éteinte, si la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée venait à décéder dans le cours de l'instance[12].

Lorsque la résolution est prononcée, le débiteur ne peut, [même en l'absence d'une clause pénale[12 bis]],

[8] Cpr. Pont, *loc. cit.*; Riom, 4 août 1818, Sir., 19, 2, 37 ; Civ. cass., 16 avril 1839, Sir., 39, 1, 511 ; Bordeaux, 6 juin 1840, Dalloz, 1840, 2, 200.

[9] Cela paraît d'autant plus certain que l'expropriation des immeubles hypothéqués pour sûreté de la rente, aurait pu avoir lieu indépendamment de toute nouvelle constitution d'hypothèque, volontairement consentie par le débiteur. Pont, I, 740. Paris, 23 avril 1853, Sir., 55, 2, 199. Voy. cep. : Dijon, 14 mars 1817, Sir., 17, 2, 372.

[10] Zachariæ, § 390, note 4. Paris, 21 décembre 1836, Sir., 37, 2, 427.

[11] Troplong, n° 296. Pont, I, 741. Bruxelles, 21 avril 1810. Dev. et Car. *Coll. nouv.*, III, 2, 259.

[12] Pothier, n° 229. Duranton, XVIII, 166. Troplong, n°s 297 et suiv. Larombière, *Des obligations*, II, art. 1184, n° 22. Demolombe, XXV, 516. Pont, I, 743. Zachariæ, § 390, note 5 *in fine*.

[12 *bis*. A plus forte raison dans le cas où le contrat de constitution de rente contient une clause pénale ayant pour objet de lui interdire, en cas de résolution, la répétition des arrérages déjà payés. Cette clause pénale est licite. Civ. rej. 24 déc. 1884, Sir., 85, 1, 415. — Même au cas où la constitution de la rente viagère résulte de la conversion en rente viagère du prix d'un immeuble acheté par le débi-rentier, et où le débi-rentier est en faillite. (Dijon, 9 déc. 1903, Sir., 07, 2, 73, et la note de M. Demogue, pour les difficultés spéciales qui résultent de la nature des opérations

réclamer la restitution des arrérages qu'il a déjà payés en offrant de laisser déduire les intérêts du prix de la rente [13]. Il doit même être condamné à en acquitter les arrérages jusqu'au jour du jugement définitif [14].

Le seul défaut de paiement des arrérages d'une rente viagère, constituée à titre onéreux, n'autorise pas le créancier à demander la résolution du contrat [15]; il n'a, [toutes choses égales d'ailleurs [15] *bis*], que le droit de saisir [16] et de faire vendre les biens du débiteur, pour faire

similaires faites pour son commerce par le débirentier, et de l'extension possible aux risques par lui courus, du chef de ces opérations, des règles sur le calcul des risques en matière d'assurance vie).]

[13] L'art. 1183 ne peut, en pareil cas, recevoir sa complète application, puisqu'il n'est pas possible de faire disparaître rétroactivement les risques que de fait, le crédi-rentier a courus ; et celui-ci doit, par cela même, être dispensé de restituer la portion des arrérages qui forme l'équivalent de ces risques. Duranton, XVIII, 164. Troplong, n° 198. Taulier, VI, p. 508. Pont, I, 747. Zachariæ, § 390, texte et note 5. Bruxelles, 10 août 1833, Sir., 34, 2, 399. Paris, 22 février 1837, Sir., 37, 2, 291. Caen, 16 décembre 1843, Sir., 44, 2, 97. Dijon, 22 janvier 1847, Sir., 48, 2, 206. [Req. 13 mars 1888, Sir., 90, 1, 169, et la note de M. Lacoste.] Cpr. aussi : Req. rej., 21 novembre 1827, Sir., 28, 1, 193. Voy. en sens contraire : Maleville, sur l'art. 1977. [Il est d'ailleurs bien entendu que nous fondons la solution donnée au texte sur la raison que nous indiquons au début de la présente note, et non pas, comme paraît l'admettre la Chambre des requêtes dans l'arrêt précité du 13 mars 1888, sur l'art. 549. Cpr. § 206, texte et note 4, et la fin des observations de M. Lacoste, sous l'arrêt susvisé.]

[14] La raison en est que le crédi-rentier, demandeur en résolution du contrat de constitution de rente viagère, a continué de courir, jusqu'au jour du jugement, les risques inhérents à ce contrat, puisque sa mort, arrivée au cours de l'instance, aurait eu pour effet de faire tomber la demande. Pothier, n° 230. Merlin, *Rép.*, v° Rente viagère, n° 4. Delvincourt, III, p. 420. Pont, I, 747. Zachariæ, *loc. cit.* Colmar, 25 août 1810, Sir., 11, 2, 52. Bordeaux, 6 juin 1840, Dalloz, 1840, 2, 200. Voy. cep. Civ. cass., 25 août 1843, Sir., 43, 1, 892.

[15] Il n'y a pas, sous ce rapport, à distinguer entre un simple retard dans le paiement des arrérages, et l'impossibilité absolue de servir la rente. Civ. cass., 18 décembre 1822, Sir., 23, 1, 220.

[15 *bis*. Cpr. Lyon, 23 avril 1875, Sir., 75, 2, 322, et § 537[5], note 107 *bis*.]

[16] Cette expression s'applique à toutes espèces de saisies, et notamment à la saisie-arrêt des créances appartenant au débi-rentier. Civ. cass., 10 avril 1839, Sir., 39, 1, 511. Pau, 6 août 1861, Sir., 62, 2, 467.

consentir ou ordonner, sur le prix de la vente, [et accessoirement sur les intérêts capitalisés de ce prix insuffisant[16] *bis*], l'emploi d'un capital productif d'une somme d'intérêts égale à la rente [17]. Art. 1978.

Lorsque la créance du crédi-rentier est purement chirographaire et que la discussion des biens du débiteur n'a pas produit une somme suffisante pour désintéresser les autres créanciers et pour constituer en même temps le capital nécessaire au service de la rente, le crédi-rentier doit être admis à la distribution pour une somme égale à ce capital, sauf aux autres créanciers à se partager cette somme après l'extinction de la rente viagère [18]. Que si, la créance du crédi-rentier étant hypothécaire, le montant de sa collocation ne fournit pas un capital suffisant pour le service des arrérages, il est autorisé à prélever annuellement, sur ce capital même, le complément de ces arrérages [19], sans préjudice du

[16] *bis*. Civ., cass., 29 août 1870, Sir., 71, 1, 157.]

[17] Tel est, dans l'art. 1978, le sens des termes *l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages*. Duranton, XVIII, 170. Pont, I, 757. Paris, 5 juillet 1806, Sir., 6, 2, 230. Nîmes, 11 avril 1807, Sir., 7, 2, 336. Riom, 18 janvier 1844, Sir., 44, 2, 166. Caen, 24 janvier 1851, Sir., 51, 2, 495. Pau, 6 août 1861, Sir., 62, 2, 467. Req. rej., 5 novembre 1862, Sir., 63, 1, 261. Caen, 12 mai 1864, Sir., 64, 2, 243. [Cpr. Poitiers, 7 déc. 1885, Sir., 86, 2, 81, et § 285, note 7.]

[18] Pont, 1, 761.

[19] Les créanciers postérieurs en rang au crédi-rentier, ne peuvent se plaindre de l'absorption successive du capital mis en réserve pour le service de la rente, puisque, d'une part, ils n'ont aucun droit à exercer sur ce capital, tant que le crédi-rentier n'est pas complètement désintéressé, et que, d'autre part, ce dernier, tout en absorbant ce capital, ne touche en réalité que les arrérages qui lui sont dus. Les créanciers postérieurs ont d'ailleurs le moyen d'empêcher ce résultat en offrant de se charger du service de la rente et en fournissant des sûretés hypothécaires suffisantes. Cpr. § 285, texte n° 2 et note 7. Metz, 15 novembre 1843, Sir., 44, 2, 85. Agen, 3 janvier 1844, Sir., 45, 2, 405. Grenoble, 4 décembre 1855, Dalloz, 1856, 2, 278. Voy. en sens contraire : Grenier, *Des hypothèques*, I, 186 ; Troplong, *Des hypothèques*, IV, 959 *quater* ; Pont, I, 760. Ces auteurs objectent à tort que notre manière de voir aboutirait, d'une manière indirecte, à la résolution prescrite par l'art. 1978. Il est évident, en effet, que le crédi-rentier ne recevra pas, contrairement à l'art. 1978, son capital comme tel, et que la possibilité du décès, dans un temps plus ou moins rapproché, de la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée

droit qui lui appartient de concourir sur la masse chirographaire, d'après le mode réglé par les art. 552 à 556 du Code de commerce.

La disposition de l'art. 1978 n'est plus applicable, lorsque la rente viagère forme la condition d'une donation [20]. En pareil cas, le donateur peut, à défaut du service des arrérages, demander la révocation de la donation [21]. Art. 953.

D'un autre côté, l'application de l'art. 1978 peut être écartée au moyen d'un pacte commissoire expressément stipulé [22]. Il est même permis de convenir que la résolution aura lieu de plein droit, avec ou sans mise en demeure [23]. Dans ces circonstances, les arrérages sont dus jusqu'au jour de la résolution prononcée en justice, ou opérée de plein droit [24].

laisse ouverte au profit des créanciers postérieurs la chance de l'extinction de la rente viagère.

[20] Cpr. sur quelques autres hypothèses particulières dans lesquelles l'art. 1978 n'est plus applicable : Req. rej., 20 novembre 1827, Sir., 28, 1, 193 ; Bourges, 2 avril 1828, Sir., 29, 2, 248; Req. rej., 13 juin 1837, Sir., 38, 1, 45; Douai, 15 juin 1846, Sir., 46, 2, 535; Civ., cass., 16 mars 1868, Sir., 66, 1, 350.

[21] Duranton, XVIII, 543. Troplong, n° 312. Demolombe, XX, 582. Pont, I, 751. Poitiers, 6 janvier 1837, Sir., 37, 2, 261. Caen, 21 avril 1841, Sir., 41, 2, 433. Rouen, 27 août 1846, Sir., 48, 2, 90. Pau, 6 août 1861, Sir., 62, 2, 467. Nancy, 22 février 1867, Sir., 68, 2, 50. [Req., 6 déc. 1881 (sol. impl.), Sir., 84, 1, 19. Voy. § 707 *bis*, note 1.]

[22] Le pacte commissoire n'est contraire, ni à l'essence du contrat de rente viagère, ni à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, et doit par conséquent avoir son effet (*Discussion au Conseil d'Etat*, Locré, *Lég.*, XV, p. 149 et p. 156, n° 7). Pont, I, 763. Zachariæ, § 390, texte et note 6. Bordeaux, 30 août 1814, Sir., 15, 2, 144. Rouen, 27 janvier 1815, Sir., 15, 2, 140. Bordeaux, 5 juillet 1816, Sir., 17, 2, 74. Civ. rej., 26 mars 1817, Sir., 17, 1, 215. Bordeaux, 14 mars 1829, Sir., 29, 2, 168. Toulouse, 2 juin 1832, Sir., 32, 2, 284, Paris, 22 février 1837, Sir., 37, 2, 291. Civ. rej., 23 août 1843, Sir., 43, 1, 892. Caen, 16 décembre 1843, Sir., 44, 2, 97. [Grenoble, 13 janvier 1887, et Req., (mêmes parties), 13 mars 1888, Sir., 90, 1, 169 (note critique de M. Lacoste sur la rédaction de l'arrêt). Poitiers, 18 nov. 1907, Sir., 08, 2, 128.] Voy. en sens contraire : Paris, 2 décembre 1812, Sir., 13, 2, 142. Cpr. Duranton, XVIII, 169.

[23] Req. rej., 26 mai 1868, Sir., 69, 1, 76. Req. rej., 9 juin 1869, Sir., 69, 1, 405.

[24] Cpr. notes 13 et 14 *supra* : Req. rej., 26 mai 1868, Sir., 69, 1, 76.

Le débiteur d'une rente viagère ne peut, sauf convention contraire [25], s'affranchir, sous aucun prétexte, de l'obligation de la servir pendant la vie de celui sur la tête duquel elle a été constituée [26]. Art. 1979.

Le droit d'exiger le service d'une rente viagère (le fonds ou corps de la rente) se prescrit, comme toute créance en général, par le laps de trente années [27]. Art. 2262. Ce délai court à dater du jour même de la constitution, s'il n'a été fait aucun paiement d'arrérages, et au cas contraire, à dater du jour du dernier paiement [28]. Quant aux arrérages échus, ils se prescrivent par cinq ans. Art. 2277.

B. DES CONTRATS IMPARFAITEMENT SYNALLAGMATIQUES.

a. *Du commodat ou prêt à usage.*

SOURCES. *Code Napoléon*, art. 1875-1891. — BIBLIOGRAPHIE. *Traité du prêt à usage et du précaire*, par Pothier. *Traité du prêt à usage*, par Duvergier ; vol. VI de la continuation de Toullier ; Paris, 1843. *Traité du prêt*, par Troplong ; Paris, 1845 ; 1 vol. in-8. Pont, *Des petits contrats*, I, nos 1 à 130.

§ 391.

Notion du commodat. Des conditions essentielles à l'existence de ce contrat, et de celles qui sont nécessaires à sa validité.

Le commodat ou prêt à usage est un contrat par lequel l'un des contractants livre gratuitement à l'autre une

[25] Troplong, no 324. Pont, I, 770. Zachariæ, § 390, note 9.

[26] Duranton, XVIII, 172. Paris, 8 août 1806, Sir., 6, 2, 236.

[27] Pothier, no 259. Merlin, *Rép.*, vo Rente viagère, § 17. Delvincourt, sur l'art. 2263. Vazeille, *Des prescriptions*, I, 357. Troplong, *De la prescription*, I, 182. Duranton, XVIII, 184 ; et XXI, 348. Pont, I, 787. Zachariæ, § 390, texte et note 10 ; § 772, texte et note 5. Toulouse, 21 janvier 1828, Sir., 29, 2, 260. C'est à tort que la Cour de Metz (28 avril 1819, Sir., 20, 2, 12) et celle de Lyon (5 avril 1824, Sir., 26, 2, 156) ont jugé que les arrérages échus étaient seuls prescriptibles.

[28] Cpr. § 213, texte no 2, lett. *a* et note 10. Outre les autorités citées en ce sens dans cette note, voy. encore : Marcadé sur l'art. 2263 ; Pont, I, 787.

chose mobilière ou immobilière [1], dont ce dernier est autorisé à se servir, à charge de la rendre dans son individualité, au terme expressément ou tacitement convenu [2]. Art. 1875, 1876 et 1888.

Les caractères essentiels et distinctifs du commodat sont donc les suivants :

a. Le prêteur ne concède à l'emprunteur que l'usage de la chose qui forme la matière du contrat. Il en résulte que le prêteur conserve, abstraction faite de cet usage, tous les droits qui lui appartenaient sur la chose avant le contrat. Art. 1877 [3]. Il en résulte encore que les choses qui se consomment par l'usage auquel elles sont naturellement destinées, ne peuvent former la matière d'un commodat, à moins que l'usage spécial et exceptionnel auquel les parties les destinent, soit de nature à ne pas en nécessiter la consommation [4]. C'est ce caractère qui distingue le commodat du prêt de consommation. Art. 1874 et 1878.

b. L'usage de la chose est abandonné gratuitement à l'emprunteur. C'est par ce caractère que le commodat diffère du louage [4 *bis*]. Art. 1876.

[1] Pont, I, 37. Cpr. Colmar, 18 avril 1806, Sir., 6, 2, 965. [Crim. cass., 11 mai 1901, Sir., 04, 1, 111. Crim. cass., 9 janvier 1903, Sir., 06, 1, 430.]

[2] Cpr. sur la définition du commodat, et sur l'effet de la promesse par laquelle une personne s'engagerait à livrer une chose à titre de commodat : § 340, note 6 ; Duranton, XVII, 487 ; Zachariæ, § 391, note 1re.

[3] La rédaction de l'art. 1877 n'est pas complète : d'une part, il n'est pas nécessaire que l'on soit propriétaire d'une chose pour pouvoir la donner à commodat ; et, de l'autre, le propriétaire lui-même peut recevoir sa chose à ce titre ; c'est ainsi, par exemple, que l'usufruitier peut prêter à usage au nu propriétaire la chose soumise à l'usufruit. L'art. 1877 statue sur l'hypothèse la plus fréquente, c'est-à-dire sur celle où le commodat est consenti par le propriétaire de la chose. Cpr. Pothier, n° 19 ; Delvincourt, sur l'art. 1877 ; Duranton, XVII, 514 ; Pont. I, 22 ; Zachariæ, § 391, texte et note 2.

[4] Ainsi, on peut prêter à usage des espèces monnayées, *pompæ vel ostentationis causa*, par exemple, à un caissier dont la caisse doit être prochainement inspectée, pour le mettre à même de justifier qu'il est en règle. L. 3. § *ult.*, et L. 4, D. *commod.* (13, 6). Duranton, XVII, 503, Pont, I, 39. Zachariæ, § 391, texte et note 3.

[4 *bis*. Cpr. Montpellier, 19 mars 1901, Sir., 05, 2, 57, et Paris, 1er juillet 1903, *ibid.* (note Wahl). Ces arrêts visent la question de la nature juri-

c. L'usage de la chose est concédé au commodataire pour le temps déterminé par la convention, ou, à défaut de fixation expresse, pour le temps nécessaire à l'usage en vue duquel elle a été empruntée. C'est ce caractère qui distingue le commodat du précaire, par lequel l'usage d'une chose est concédé, non pour un délai déterminé d'avance, soit explicitement, soit implicitement, mais pour un temps laissé à la discrétion du prêteur, qui peut, par conséquent, en réclamer la restitution quand bon lui semble [5].

Toute personne jouissant de l'administration de sa fortune est capable de prêter ou d'emprunter à titre de commodat, dans les conditions usuelles de ce contrat [6].

Le commodat est, sous le rapport de son existence, de sa validité, et de sa preuve, soumis aux conditions exigées et aux règles établies pour les contrats en général.

Ainsi, le commodat ne peut avoir pour objet que des choses dont l'usage est dans le commerce. Art. 1878.

Ainsi encore, la preuve testimoniale d'un commodat n'est pas admise au-dessus de 150 fr., sans commencement de preuve par écrit [7].

dique de la location de coffre-fort, dans quoi certains jurisconsultes ont proposé, bien à tort, de voir un commodat, et qui reste, malgré quelques difficultés, un bail proprement dit. Voy. sur ce point la note précitée de M. Wahl.]

[5] *Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu, is, qui concessit, patitur.* L. 1, D. *de precar.* (43, 26). — Le précaire diffère encore du commodat, en ce qu'il peut être concédé par l'administration sur des fonds dépendant du domaine public. Cpr. § 181, texte et note p. 4; § 185, texte n° 4. — Il est du reste régi par les mêmes règles que le commodat, notamment en ce qui concerne la responsabilité de celui auquel il a été concédé. Pothier, n° 89. Duvergier, n° 127. Troplong, n° 156. Pont, I, 115. Zachariæ, § 391, texte et note 4.

[6] Duranton, XVII, 510, et suiv., Troplong, n° 55 et suiv. Pont, I, 54 à 56. Voy. cep. Delvincourt, III, p. 404 ; Taulier, VI, p. 420 et 421 ; Duvergier, n°s 46 à 48.

[7] Toullier, IX, 30. Duranton, XIII, 313, et XVII, 498. Duvergier, n° 51. Troplong, n°s 58 à 68. Taulier, VI, p. 421. Pont, I, 30. Voy. en sens contraire : Colmar, 18 avril 1806, Sir., 6, 2, 965.

§ 392.

Des obligations de l'emprunteur.

1° L'emprunteur doit n'employer la chose prêtée qu'à l'usage expressément indiqué par la convention, ou à défaut de convention expresse, qu'à celui auquel elle est destinée d'après sa nature. Art. 1880.

2° Il doit apporter à la garde et à la conservation de la chose prêtée, tous les soins d'un bon père de famille. Art. 1880.

En vertu de cette obligation, l'emprunteur est responsable du dommage que la chose prêtée a reçu par sa faute. Mais on ne doit pas considérer comme arrivé par sa faute, un dommage qui serait le résultat de l'usage pour lequel la chose a été empruntée. Art. 1884.

L'emprunteur ne répond pas des cas fortuits et de force majeure, pourvu que ces accidents n'aient pas été précédés de quelque faute de sa part, sans laquelle le dommage n'aurait point eu lieu [1]. A cet égard, il importe de remarquer que l'emprunteur est en faute :

a. Si la chose empruntée n'a péri par cas fortuit ou force majeure, que parce qu'il l'a employée à un autre usage, ou pour un temps plus long qu'il ne le devait [2]. Art. 1881 ;

[1] Cpr. § 308, texte n° 3 et note 35.

[2] Il ne faut pas confondre le cas où l'emprunteur est en faute pour s'être servi de la chose empruntée plus longtemps qu'il ne le devait, et où, par suite de cette faute, elle vient à périr par cas fortuit ou de force majeure, avec celui où elle périt par un accident de cette nature, mais indépendamment de toute faute de l'emprunteur, après la mise en demeure de ce dernier. L'emprunteur peut, dans le second cas, invoquer l'exception établie par le second alinéa de l'art. 1302, tandis que dans le premier, la faute qu'il a commise écarte, d'une manière absolue, l'application de cette exception. Pont, I, 73. Zachariæ, § 392, note 1re. C'est à tort que plusieurs auteurs (Delvincourt, III, p. 406; Duranton, XVII, 520; Duvergier, n° 64 ; et Troplong, n° 101) étendent aux hypothèses prévues par l'art. 1881, l'exception admise par l'art. 1302, qui ne concerne que le cas de mise en demeure, et se trouve complètement étranger au cas de faute.

b. Si, pouvant garantir la chose empruntée du dommage qu'elle a éprouvé, en employant sa propre chose, il ne s'est pas servi de cette dernière; ou si, ne pouvant conserver que l'une des deux, il a préféré la sienne. Art. 1882.

Conformément aux principes développés au nº 3 du § 308, l'emprunteur répond exceptionnellement des cas fortuits et de force majeure, lorsqu'il s'est chargé de ces risques, ou lorsque le dommage n'a eu lieu qu'après sa mise en demeure [3]. L'estimation donnée à la chose, au moment du prêt, produit les mêmes effets qu'une convention expresse par laquelle l'emprunteur se serait chargé des risques de cette chose. Art. 1883.

3º L'emprunteur est tenu de restituer la chose au prêteur, après l'expiration du temps pour lequel elle lui a été prêtée. Si l'emprunteur a fait, pour la conservation de la chose prêtée, quelques dépenses qu'il soit fondé à répéter, il est autorisé à la retenir jusqu'au remboursement de ces dépenses [4]. Mais il ne peut la garder en compensation de ce qui lui serait dû par le prêteur, lors même qu'il s'agirait de deniers empruntés *ad pompam vel ostentationem* [5]. Art. 1885 et 1293, nº 3. Toutefois, il serait admis à compenser ce que lui doit le prêteur avec les condamnations en dommages-intérêts qui pourraient être prononcées contre lui à raison de la perte ou des détériorations de la chose empruntée [6].

Lorsque plusieurs personnes ont conjointement emprunté la même chose, elles en sont solidairement responsables envers le prêteur. Art. 1887.

[3] Duranton, XVII, 529. Zachariæ, § 392, texte et note 5.

[4] Voy. sur ce point, les autorités citées à la note 6 du § 256 *bis*. *Adde* en sens contraire : Pont, *Des petits contrats*, I, 101 à 103.

[5] Cpr. art. 1291 ; et § 327 ,note 3. Pont, I, 100.

[6] Pothier, nº 44. Toullier, VII, 383. Duranton, XVII, 537. Troplong, nº 131. Marcadé, sur l'art. 1293. Pont, I, 99. Zachariæ, § 329, note 3.

§ 393.

Des obligations du prêteur.

1° Le prêteur est tenu de laisser à l'emprunteur ou à ses héritiers l'usage de la chose prêtée pendant le temps expressément ou tacitement convenu. Art. 1888 et 1879, al. 1. Toutefois, cette obligation cesse à l'égard des héritiers de l'emprunteur lorsqu'il résulte des circonstances que le prêt n'a été fait qu'en considération de l'emprunteur, et à lui personnellement [1]. Art. 1879, al. 2. D'un autre côté, le prêteur est autorisé à demander la restitution de la chose avant l'expiration du délai convenu, si des circonstances pressantes et imprévues la lui rendent nécessaire. Art. 1889.

2° Le prêteur est obligé de rembourser à l'emprunteur les dépenses nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation de la chose, lorsqu'elles étaient tellement urgentes qu'il n'a pas pu en prévenir le prêteur. Quant aux dépenses faites, non pour la conservation de la chose, mais pour en faciliter l'usage, elles restent à la charge de l'emprunteur [2]. Art. 1886 et 1890.

3° Le prêteur qui, ayant connaissance de quelques défauts cachés de la chose [3], a négligé d'en avertir l'emprunteur, est responsable envers ce dernier du dommage qu'il peut avoir éprouvé par suite de l'usage qu'il en a fait, ou de l'impossibilité où il a été de s'en servir pour

[1] Pothier, n° 27. Duranton, XVII, 500. — Selon Delvincourt (sur l'art. 1879), on devrait considérer le commodat comme fait dans l'intérêt exclusif de l'emprunteur personnellement, toutes les fois que le contraire ne résulterait pas des circonstances. Mais cette manière de voir nous paraît contraire aux dispositions de l'art. 1879 ; elle conduirait à ériger en règle ce que le deuxième alinéa de cet article indique comme une exception. Zachariæ, § 393, note 1re.

[2] L. 18, § 3, D. *commod.* (13, 6). Pothier, n° 81. Duranton, XVII, 539 et 549, Zachariæ, § 393, texte et note 2.

[3] Le prêteur n'est, en aucun cas, responsable des défauts apparents de la chose prêtée. Arg. art. 1642. Delvincourt, sur l'art. 1891. Pont, I, 130. Zachariæ, § 393, texte et note 3.

l'usage convenu. Art. 1891 et arg. de cet article. Le prêteur est également passible de dommages-intérêts lorsqu'il n'avait pas le droit de prêter la chose pour le temps convenu et qu'il a laissé ignorer cette circonstance à l'emprunteur [4].

b. *Du prêt de consommation.*

SOURCES. *Code Napoléon*, art. 1892-1914. — BIBLIOGRAPHIE. *Traité du prêt de consomption*, par Pothier. *Traité du prêt de consommation*, par Duvergier ; vol. VI de la continuation de Toullier; Paris, 1843. *Traité du prêt*, par Troplong ; Paris, 1845 ; 1 vol. in-8°. Pont, *Des petits contrats*, I, nos 131 à 366.

α. *Du prêt de consommation en général* [1].

§ 394.

De l'essence de ce contrat. — Des conditions requises pour sa validité. — De ses différentes divisions.

1° Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses que cette dernière est autorisée à consommer, à charge par elle de rendre, à l'époque convenue, une

[4] Pothier, n° 79. Pont, I, 125.

[1] Suivant M. Pont (I, 144 et 170), le prêt de consommation devrait, à la différence du prêt à usage, être rangé dans la classe des contrats unilatéraux, et non dans celle des contrats imparfaitement synallagmatiques, par le motif que le prêteur ne se trouverait plus, après la formation du contrat par la livraison de la chose, soumis à aucune obligation. Mais cette manière de voir, qui est en contradiction avec l'intitulé même de la section deuxième du chap. II, du titre *Du Prêt*, se réfute par cette double considération, que la responsabilité imposée au prêteur par les art. 1898 et 1891 ne prend sa source que dans le dommage occasionné par le vice de la chose prêtée, c'est-à-dire dans un fait postérieur à la formation du contrat, et que, d'un autre côté, la nécessité juridique imposée au prêteur de laisser les choses prêtées à la disposition de l'emprunteur jusqu'au terme convenu, quoique se résolvant en une obligation négative, n'en constitue pas moins un engagement contractuel dont l'accomplissement doit avoir lieu postérieurement à la formation du contrat. Cpr. Duvergier, I, 191 à 197.

pareille quantité de choses de même espèce et qualité. Art. 1892.

Il résulte de cette définition :

a. Que les choses qui forment la matière du prêt de consommation sont nécessairement fongibles, quoiqu'elles soient quelquefois du nombre de celles qui ne se consomment pas par l'usage [2]. Art. 1894.

b. Que ce contrat transfère la propriété des choses prêtées à l'emprunteur, qui dès lors en supporte seul la perte et les détériorations. Art. 1893.

Il en est ainsi pour le prêt d'une somme d'argent, alors même que les fonds n'ont pas été immédiatement remis à l'emprunteur lui-même, mais déposés, pour son compte, chez le notaire qui a reçu l'acte d'emprunt [3].

c. Que l'emprunteur doit restituer au prêteur la même quantité de choses qu'il a reçue, et qu'il ne doit lui restituer que cette quantité. Art. 1895 à 1897 [4].

2° Le contrat de prêt de consommation n'est pas, pour sa validité, soumis à des règles spéciales. Il n'exige que les conditions requises pour la validité des contrats en général[5].

[2] La définition du prêt de consommation telle qu'elle est donnée, d'après Pothier (n° 22), par l'art. 1892, est vicieuse, en ce qu'elle indique les choses qui se consomment par l'usage, comme pouvant exclusivement faire l'objet de ce contrat. Cpr. § 166. — Il est à remarquer que si d'ordinaire le prêt de consommation a pour objet une certaine quantité de choses, il peut cependant aussi porter sur une chose déterminée, que l'emprunteur est autorisé à consommer. Cpr. § 166, note 3.

[3] Req. rej., 20 août 1862, Sir., 62, 1, 793. Civ. rej., 2 mars 1868, Sir., 68, 1, 304. [Cass., 15 mars 1885, Sir., 86, 1, 296. Cpr. Amiens, 28 janvier 1892, Sir., 94, 2, 177, où la solution est différente, à cause du double mandat conféré par le prêteur comme par l'emprunteur au notaire, d'affecter à une certaine destination la somme reçue par celui-ci. Cpr. aussi Poitiers, 6 déc. 1876, Sir., 78, 2, 135, où la solution contraire à la proposition que nous formulons au texte s'explique par l'objet précis du mandat donné par l'emprunteur au notaire de lui trouver et aussi de lui *remettre* les fonds versés par le prêteur. Voy. § 415, note 1 *quinquies*].

[4] Voy. au § 318, texte n° 3, l'interprétation de l'art. 1895, qui n'est en aucune façon contraire à la règle énoncée au texte, puisque la matière d'un prêt d'argent consiste, moins dans les espèces monnayées au moyen desquelles il se réalise, que dans la somme numérique qui en détermine l'importance.

[5] Voy. cependant, en ce qui concerne les prêts à intérêts dans lesquels

3° Le prêt de consommation est gratuit ou à intérêt. Art. 1905.

Le prêt à intérêt est appelé constitution de rente, lorsque le créancier s'interdit la faculté d'exiger le remboursement du capital prêté. Art. 1909.

§ 395.

Des obligations qui naissent du prêt de consommation.

1° Le prêteur est tenu de laisser à l'emprunteur la chose prêtée jusqu'au terme fixé par la convention. Art. 1899. S'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution, il appartient au juge de le déterminer suivant les circonstances. Art. 1900. Cpr. art. 1901 [1].

2° Le prêteur est, en ce qui concerne les défauts de la chose prêtée, soumis à la même responsabilité qu'en matière de commodat. Art. 1898 [2]. Il en résulte qu'il ne répond pas à des vices cachés dont il ignorait l'existence, à moins cependant qu'il ne s'agisse d'un prêt à intérêt[3].

3° L'emprunteur est tenu de restituer au prêteur, à l'époque et au lieu où la restitution doit être effectuée, une pareille quantité de choses de même espèce et qualité que celles qu'il a reçues. Art. 1902. Faute par lui de le faire [4], il devient débiteur de la valeur des choses

des Israélites ont figuré comme prêteurs : décret du 17 mars 1808 ; § 25, texte n° 5.

[1] Voy. sur cet article : § 393, texte et notes 1 à 3 ; § 319, texte et notes 12 et 13.

[2] Cpr. art. 1891 ; § 393, texte n° 3.

[3] L'assimilation établie, quant à la responsabilité du prêteur, entre le prêt de consommation et le prêt à usage, suppose que le premier, comme le second, a eu lieu gratuitement. Pont, I, 173.

[4] Les termes de l'art. 1903, *s'il est dans l'impossibilité d'y satisfaire*, qui indiquent la cause ordinaire de la non-restitution des choses empruntées, ne doivent pas être entendus dans un sens restrictif. Il est évident que la disposition de cet article s'applique également au cas où l'emprunteur, se trouvant en situation d'exécuter la restitution en nature, ne le fait cependant pas. Zachariæ, § 395, note 2.

empruntées [5], eu égard au temps et au lieu fixés pour la restitution, et en l'absence d'une pareille fixation, eu égard au temps et au lieu où l'emprunt a été fait. Art. 1903. Il doit de plus les intérêts de cette valeur, mais à partir seulement [de la sommation ou] de la demande en justice[6]. Art. 1904 [nouveau. (Loi du 7 avril 1900)].

β. *Du prêt à intérêt.*

§ 396.

1° *Généralités.*

Le prêt de consommation étant gratuit de sa nature, les choses prêtées ne deviennent productives d'intérêt qu'en vertu d'une stipulation. Cette stipulation doit être expresse [1]. La clause portant que le remboursement de la somme prêtée se fera à telle époque, sans intérêt jusque-là, ne serait pas suffisante pour faire courir les intérêts de cette somme à partir du jour fixé pour son remboursement [2]. Mais, lorsqu'il a été convenu que la restitution du prêt s'effectuera avec intérêts, à un

[5] Il s'opère dans ce cas une transformation de l'obligation, en ce sens que le prêteur a le droit d'exiger le paiement de cette valeur, alors même qu'elle aurait ultérieurement subi une diminution ; et que, réciproquement, il est tenu de s'en contenter, bien qu'elle ait reçu une augmentation. Cpr. Pont, I, 200 ; Req. rej., 3 juin 1850, Sir., 50, 1, 455.

[6] En parlant de la non-restitution *des choses prêtées ou de leur valeur*, l'art. 1904 étend à tous les prêts de consommation, quel qu'en soit l'objet, les dispositions de l'art. 1153. Cela s'explique par la transformation qui s'opère, au cas de non-restitution des choses prêtées, de l'obligation primitive de l'emprunteur en une dette de somme d'argent. Nous croyons donc devoir abandonner l'opinion que nous avions d'abord admise avec Zachariæ (§ 395, texte n^os^ 1 et 2, *in fine*). Duranton, XVII, 590. Troplong, n° 301. Larombière, *Des obligations*, I, n^os^ 11 et 20. Demolombe, XXIV, 624. Pont, I, 219.

[1] Arg. art. 1905, cbn. 1907, al. 2. Pont, I, 246 et 247.

[2] Agen, 19 juin 1824, Sir., 25, 2, 70. Bourges, 28 mai 1827. Sir., 29, 2, 193. Agen, 19 mars 1833, Sir., 33, 2, 553. Cpr. Bourges, 11 juin 1825, Sir., 26, 2, 220. Voy. en sens contraire : Bordeaux, 28 mai 1832, Sir., 32, 2, 626 ; Toulouse, 19 janvier 1841, Sir., 44, 2, 272.

ou plusieurs termes indiqués, les intérêts continuent de courir après l'expiration de ces termes, sans qu'il soit nécessaire de constituer le débiteur en demeure, conformément à l'art. 1153 [3].

Il est, d'ailleurs, permis au prêteur de stipuler des intérêts, quelles que soient les choses qui forment l'objet du prêt. Art. 1905.

La règle d'après laquelle il n'est dû d'intérêts en matière de prêt de consommation qu'en vertu d'une stipulation expresse, reçoit exception en fait de comptes courants commerciaux, pour toutes les sommes qui y sont portées au crédit ou au débit de l'une ou de l'autre des parties [4]. Cette exception ne doit pas être étendue à toutes espèces de créances commerciales [5].

L'emprunteur ne peut, lorsqu'il a payé, [ou qu'il est réputé, par la souscription de billets constitutifs d'un véritable règlement de comptes, avoir payé[5] *bis*], des

[3] Dans cette hypothèse, en effet, la stipulation d'intérêts est expresse ; et l'on ne saurait admettre qu'un prêt fait à l'origine avec intérêt, se transforme, après l'époque fixée pour le remboursement, en un prêt gratuit. Req. rej., 10 mai 1837, Sir., 37, 1, 1008. Voy. en sens contraire : Bordeaux, 2 mai 1826, Sir., 26, 2, 286 ; Bourges, 25 avril 1826, Sir., 27, 2, 39.

[4] Pardessus, *Droit commercial*, II, 475. Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, II, 497. Massé, *Droit commercial*, IV, 1698. Pont, I, 251. Noblet, *Du compte courant*, n^os^ 8 et 136. Civ. rej., 17 mars 1824, Sir., 25, 1, 147. Bordeaux, 4 juillet 1832, Sir., 33, 2. 35. Req. rej., 6 novembre 1832, Sir., 32, 1, 824. Req. rej., 11 janvier 1841, Sir., 41, 1, 636. Civ. rej., 8 mars 1853, Sir., 54, 1, 769. Civ. rej., 24 mai 1851, Sir., 55, 1, 737. Lyon, 20 novembre 1857, Sir., 58, 2, 699. [Cass., 12 juin 1876, Sir., 76, 1, 374. Cass., 18 nov. 1896, Sir., 97, 1, 351. Req. 10 déc. 1902, Sir., 07, 1, 459 et 27 avril 1909, Sir., 09, 1, 375. Ces arrêts décident seulement que la disposition de l'art. 1907. — 2°, n'a pas pour objet d'établir une présomption absolue contre l'existence d'une convention verbale d'intérêts. Cpr. art. 1906, et note 5 *bis supra*.]

[5] Pont, I, 250. Angers, 29 mai 1807, Sir., 7, 2, 313. Poitiers, 15 mai 1821, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI, 2, 415. Colmar, 12 juillet 1824, Sir., 25, 2, 122. Voy. en sens contraire : Pardessus, *op. cit.*, II, 470; Massé, *op. cit.*, IV, 1699 ; Paris, 18 mai 1825, Sir., 25, 2, 390. Voy. aussi : Req. rej., 10 novembre 1832, Sir., 32, 1, 824.

[[5] *bis*, Cass., 10 déc. 1902, Sir., 07, 1, 459. Cass., 27 avril 1909, Sir., 09 1, 375.]

intérêts qui n'avaient pas été expressément stipulés, ni les répéter, ni les imputer sur le capital. Art. 1906 [6]. Cette proposition, toutefois, ne semble pas devoir s'appliquer à l'héritier de l'emprunteur, qui aurait payé des intérêts non dus, dont, par une erreur de fait, il se croyait débiteur [7].

La quittance du capital, donnée sans réserve des intérêts, en fait présumer le paiement [8]. Art. 1908.

Lorsque le débiteur n'acquitte pas régulièrement les intérêts au paiement desquels il s'est obligé, le créancier peut exiger la restitution du prêt avant le temps convenu, sauf au juge à donner au débiteur un délai pour le paiement des intérêts arriérés, et à suspendre ainsi l'effet de la demande en restitution [9].

2° *Du taux de l'intérêt* [10].

Le taux de l'intérêt est légal ou conventionnel. Art. 1907.

En fixant le taux de l'intérêt, le législateur peut avoir en vue, soit de déterminer le montant des intérêts mora-

[6] La disposition de cet article repose sur la supposition, érigée en présomption légale, que l'emprunteur, en payant des intérêts qui n'avaient pas été stipulés, l'a fait volontairement et en connaissance de cause, et non par suite d'une erreur. Mais nous ne saurions admettre, avec M. Pont (I, 154), qu'un pareil paiement constitue une donation manuelle, soumise quant au fond aux règles sur les dispositions à titre gratuit.

[7] Duranton, XVII, 600.

[8] M. Duranton (XIII, 431) enseigne que cette présomption n'exclut pas la preuve contraire. Nous ne saurions, du moins en général, partager son opinion, que repoussent les expressions finales de l'art. 1908 : en déclarant libéré le débiteur, porteur d'une quittance donnée sans réserve des intérêts, cet article dénie implicitement tout action au créancier. Cpr. art. 1352. Troplong, n° 414. Zachariæ, § 396, note 2.

[9] Arg. *a fortiori*, art. 1912. Favard, *Rép.*, v° Prêt, sect. II, § 2, n° 6. Zachariæ, § 396, texte et note 3.

[10] Cpr. *Dissertation sur le taux de l'intérêt en matière de prêt*, par Domenget, *Revue critique*, 1863, XXII, p. 34. *De l'intérêt, de sa légitimité, de la nécessité de le débarrasser des entraves du maximum*, par Mersier, *Revue pratique*, 1864, p. 241. *La loi de* 1807, *et la liberté du taux de l'intérêt*, par Detourbet, *Revue pratique*, 1866, XXI, p. 27, 114, 311, 424, 490 et 551 ; XXII, p. 21.

toires, soit de régler, à défaut de fixation conventionnelle, le taux des intérêts compensatoires, soit enfin d'indiquer le maximum des intérêts qu'il est permis de stipuler [11]. Nous n'avons à nous occuper ici du taux de l'intérêt que sous ce dernier point de vue.

Droit ancien. Plusieurs ordonnances royales avaient, à l'exemple du droit canon, prohibé toute stipulation d'intérêts en matière de prêt. Ces ordonnances, observées rigoureusement dans les pays coutumiers, n'étaient pas, en général, suivies dans les pays de Droit écrit, dont la plupart des parlements, fidèles aux principes du Droit romain, continuaient à considérer comme valable, sauf certaines restrictions, le contrat de prêt à intérêt. On avait d'ailleurs, pour échapper à la défense établie par ces ordonnances, imaginé le contrat de constitution de rente, qui était permis dans toute la France. Le taux légal de l'intérêt dans ce contrat était, en dernier lieu, de cinq pour cent [12].

Droit intermédiaire [13]. Le décret de l'Assemblée constituante des 3-12 octobre 1789, en déclarant licite le prêt à intérêt, restreignit cependant les stipulations d'intérêts en matière civile au taux fixé par la loi. Mais, comme ce décret maintenait les usages du commerce, qui n'avaient rien de bien arrêté sur le taux de l'intérêt, il donna à penser que, dans le commerce, la fixation de l'intérêt restait abandonnée à la volonté des parties [14]. Les lois qui, plus tard, déclarèrent tour à tour que l'argent était et qu'il n'était pas marchandise [15], jetèrent

[11] Cpr. art. 1153, al. 1 ; *Discussion au Conseil d'Etat* (Locré, *Lég.*, XV, p. 21 et suiv., n° 21).

[12] Édit du mois de février 1770.

[13] L'aperçu historique de la législation intermédiaire sur l'intérêt, présenté par Merlin (*Rép.*, v° Intérêts, § 6, n° 5), Favard de Langlade (*Rép.*, v° Intérêts, n° 3), et Duranton (XVII, 601), n'est pas exact. Ces auteurs ont été induits en erreur par l'*Exposé des motifs* de la loi du 3 septembre 1807, fait au Corps législatif, par Jaubert (Locré, *Lég.*, XV, p. 66 et suiv.).

[14] Civ. cass., 11 avril 1810, Sir., 10, 1, 205.

[15] Cpr. loi du 11 avril 1793: loi du 6 floréal an III ; loi du 2 prairial an III. La loi du 11 avril 1793, art. 5, rappelle une loi antérieure qui, la

plus d'incertitudes encore sur la matière. Vient enfin la loi du 5 thermidor an IV, dont l'art. 1er porte : « A dater de la publication de la présente loi, chaque citoyen sera libre de contracter comme bon lui semblera : les obligations qu'il aura souscrites seront exécutées dans les termes et valeurs stipulés. » Quoique cette loi paraisse, d'après les circonstances dans lesquelles elle a été rendue et les rapports qu'elle présente avec d'autres lois antérieures ou postérieures [16], n'avoir eu d'autre but que de lever la prohibition de stipuler des paiements en numéraire, la Cour de cassation et la plupart des cours souveraines y virent cependant la proclamation du principe d'une liberté absolue en fait de stipulation d'intérêts [17].

Dispositions du Code Napoléon. La jurisprudence qui s'était établie à la suite du décret des 3-12 octobre 1789 et de la loi du 5 thermidor an IV, avait donné lieu à de graves abus. L'on était assez généralement convaincu, lors de la discussion du Code Napoléon, de la nécessité d'y apporter quelque remède. Toutefois on crut, à raison des circonstances difficiles où se trouvait le pays, devoir différer encore les mesures qu'il conviendrait de prendre. On se contenta donc, en distinguant l'intérêt légal et l'intérêt conventionnel, de déclarer en principe qu'il appartenait au législateur de limiter le taux de cette dernière espèce d'intérêt. Art. 1907, al. 1. La fixation de l'intérêt conventionnel resta ainsi abandonnée à la volonté des parties [18]. La loi ne leur prescrivait, à cet égard, d'autre règle que d'indiquer par écrit le taux

première, aurait déclaré l'argent marchandise. Mais cette loi paraît n'avoir jamais été publiée ; du moins nous a-t-il été impossible de la trouver dans les différents recueils auxquels nous avons eu recours.

[16] Voy. LL. des 15 germinal et 29 messidor an IV ; 16 pluviôse, 5 messidor et 15 fructidor an V ; 11 frimaire an VI.

[17] Civ. cass., 3 mai 1809, Merlin, *Rép.*, v° Interêts, § 6, n° 6. Civ. cass., 20 février 1810, Sir., 10, 1, 205. Bruxelles, 10 janvier 1810, Sir., 10, 2, 343. — L'anatocisme même était considéré comme permis d'une manière illimitée. Civ. cass., 5 octobre 1813, Sir., 15, 1, 76.

[18] Civ. cass., 29 janvier 1812, Sir., 12, 1, 209. Voy. aussi les arrêts cités à la note précédente.

de l'intérêt. En cas d'inobservation de cette règle, qui n'avait d'autre but que d'imposer à l'usure le frein de la honte [19], l'intérêt conventionnel devait, quoique supérieur à l'intérêt légal, être réduit au taux de ce dernier [20]. Art. 1907, al. 2.

Dernier état de la législation. L'art. 1907 du Code Napoléon renfermait, en quelque sorte, l'annonce d'une loi qui viendrait limiter le taux de l'intérêt conventionnel. Cette loi fut rendue le 3 septembre 1807 [21].

Elle a été complétée et renforcée, quant à la sanction civile et aux peines qu'elle prononçait, par la loi des 15 juin, 1er juillet et 19 décembre 1850.

Aux termes de l'art. 1er de la loi du 3 septembre 1807, l'intérêt conventionnel ne peut excéder 5 p. 100 en matière civile, et 6 p. 100 en matière de commerce, c'est-à-dire le taux de l'intérêt légal, tel qu'il se trouve fixé par l'art. 2 de la même loi.

Suivant l'art. 3, le prêteur devait, en cas de perception d'intérêts supérieurs au taux licite, être condamné à restituer l'excédant, ou à en souffrir la déduction sur le capital de sa créance. La controverse qui s'était élevée, à l'occasion de cette disposition [22], sur le point de savoir si les intérêts usuraires perçus par le créancier devaient, dès le moment de leur perception, s'imputer de plein droit sur le capital de la créance, ou si, au contraire, cette imputation ne devait avoir lieu qu'à partir

[19] *Rapport fait au Tribunat,* par Boutteville, et *Discours du tribun Albisson au Corps législatif* (Locré, *Lég.*, XV, p. 50 et 51, p. 63, n° 7). [Cette disposition n'a, dès lors, aucun rapport avec la règle de l'art. 1311. Cpr. cep. la note de M. Appert sous Req., 30 juillet 1895, Sir., 96, 1, 353. Cpr. aussi Req. 10 déc. 1902, Sir., 07, 2, 459. Req. 27 avril 1909, Sir., 09, 1, 375.]

[20] *Discussion au Conseil d'Etat* (Locré, *Lég.*, XV, p. 27, n° 21 *in fine*). Bourges, 11 juin 1825, Sir., 26, 2, 220. [Cpr. note 26 *bis infra.*]

[21] Deux décrets des 15 et 18 janvier 1814 ont momentanément suspendu cette loi, à dater de leur promulgation jusqu'au 1er janvier 1815.

[22] Cpr. Montpellier, 20 décembre 1841, Sir., 42, 2, 179 ; Req. rej., 20 juin 1842, Sir., 42, 1, 763 ; Civ. rej., 21 avril 1849, Sir., 49, 1, 737 ; Besançon, 4 juillet 1857, Sir., 58, 2, 553 ; Civ. cass., 5 janvier 1859, Sir., 59, 1, 228 ; Paris, 2 janvier 1861, Sir., 61, 2, 256 ; Civ. cass., 16 juin 1863, Sir., 63, 1, 334.

de la demande en réduction formée par le débiteur, a été décidée, dans le sens de la première de ces solutions, par l'art. 1er de la loi de 1850, dont les deux premiers alinéas sont ainsi conçus : « Lorsque, dans une instance « civile ou commerciale, il sera prouvé que le prêt con- « ventionnel a été fait à un taux supérieur à celui fixé « par la loi, les perceptions excessives seront imputées « de plein droit, aux époques où elles auront eu lieu, « sur les intérêts légaux alors échus, et subsidiairement, « sur le capital de la créance. — Si la créance est éteinte « en capital et intérêts, le prêteur sera condamné à la « restitution des sommes indûment perçues, avec « intérêts du jour où elles lui auront été payées. »

[La loi du 12 janvier 1886 a abrogé, en matière de commerce, les lois précitées du 3 sept. 1807 et du 19 déc. 1850. L'intérêt conventionnel des prêts de caractère commercial est désormais libre. Il ne peut cependant dépasser, aux termes de la loi de finances du 13 avril 1898, art. 61, le taux de 8 p. 100 [22] *bis*.]

On doit, en général, considérer comme faits en matière de commerce, les prêts rentrant dans les opérations habituelles d'un négociant, d'un banquier par exemple, peu importe qu'ils aient été faits à un commerçant, ou à un non-commerçant, et pour un but non commercial [23]. Il en serait cependant autrement, s'il était établi, par la forme de l'acte d'obligation, par la nature des garanties fournies, ou par d'autres circonstances, que le prêteur a distrait de son commerce les fonds prêtés, pour leur donner une destination purement civile [24].

[22 *bis*. Voy. Planiol, II, n° 2082.]

[23] C'est à cette dernière hypothèse surtout que s'applique l'observation de Scaccia : *Plus valet pecunia mercatoris, quam pecunia non mercatoris*. Troplong, n° 362. Bourges, 14 février 1854, Sir., 54, 2, 531. Civ. rej., 11 mars 1856, Sir., 56, 1, 729. Crim. rej., 27 février 1864, Sir., 64, 1, 341. Civ. cass., 29 avril 1868, Sir., 68, 1, 281. Bordeaux, 27 avril 1869, Sir., 70, 2, 23. Civ. rej., 10 janvier 1870, Sir., 70, 1, 157 et 159. [Douai, 24 janvier 1873, Sir., 73, 2, 244. Cass., 16 janvier 1888, Sir., 88, 1, 457. Civ. rej., 25 janvier 1895, Sir., 99, 1, 326.] Voy. en sens contraire : Lyon, 29 janvier 1858, Sir., 58, 2, 595 ; Paris, 2 février 1861, Sir., 61, 2, 256.

[24] Cpr. Montpellier, 13 août 1853, Sir., 53, 2, 469 ; Bourges, 3 mars 1854,

On doit, d'un autre côté, considérer comme prêt commercial, celui qui serait fait par un non-commerçant, soit à un négociant [24 *bis*] pour son négoce [24 *ter*] soit même à un non-commerçant pour une opération de commerce [25].

[La loi du 12 janvier 1886, laissant subsister les lois du 3 sept. 1807 et du 19 déc. 1850 en matière civile, le taux maximum de l'intérêt conventionnel restait donc, en matière civile, égal au taux de l'intérêt légal. Depuis la loi du 7 août 1900, cette proposition a cessé d'être exacte. Si le taux de l'intérêt conventionnel en matière civile, peut encore atteindre 5 p. 100, conformément à la loi du 3 sept. 1807, le taux légal est descendu, en matière civile, aux termes de ladite loi du 7 avril 1900, à 4 p. 100. Nous ne visons d'ailleurs ici que les prêts faits sur le territoire de la France continentale [25] *bis*.]

[La question de savoir si les lois qui modifient le taux de l'intérêt conventionnel doivent s'appliquer aux prêts antérieurs à leur promulgation a été résolue au § 30 [25] *ter*].

Sir., 54, 2, 234. Civ. rej., 5 janvier 1859, Sir., 59, 1, 220; Limoges, 25 juillet 1865, Sir., 65, 2, 284. [Crim. rej., 14 mai 1886, Sir., 87, 1,345 (note Lyon-Caen). Cass., 9 nov. 1888, Sir., 89, 1, 393 (note Lyon-Caen). Lyon, 3 juin 1889. Sir., 90, 2, 41. Req., 4 juillet 04, Sir., 04, 1, 519. Req. 26 avril 1900 Sir., *ibid.*]

[24 *bis*. Ce qui vise, bien entendu, aussi bien les sociétés commerciales, et, depuis la loi du 1er août 1893, les sociétés civiles à forme commerciale, que les individus. Req., 17 juin 1907, Sir., 09, 1, 134 (vise la loi du 1er août 1893).]

[24 *ter*. Mais non pas pour payer un achat indirectement relatif à son négoce. Cass., 12 juin 1894, Sir., 94, 1, 345.]

25 Troplong, *loc. cit.* Bordeaux, 4 juillet 1857, Sir., 58, 2, 553. Lyon, 20 novembre 1857, Sir., 58, 2, 699. [Paris, 28 déc. 1893, Sir., 95, 2, 75.], Cpr. Req. rej., 10 mai 1837, Sir., 37, 1, 1008. [Req. 27 avril 1909, Sir., 09, 1, 375.] Voy. en sens contraire : Besançon, 15 décembre 1855, Sir., 56, 2, 504.

[25 *bis*. Voy. pour tous autres prêts, texte 3° *infra*.]

[25 *ter*. Voy. § 30[5], notes 49 et 49 *bis*, *adde* : Seine, 13 juin 1901, Sir., 05, 2, 117.]

3° *Des exceptions auxquelles se trouve soumise l'application de la loi du 3 septembre 1807, sur le taux de l'intérêt.*

Le taux de l'intérêt, pour les prêts faits aux colonies, est fixé par des règlements spéciaux, d'après lesquels il est supérieur à celui que détermine la loi du 3 septembre 1807 [26]. [Mais la règle de l'art. 1907-2° reste applicable à ces sortes de prêts, comme aux opérations qui s'analysent en un prêt [26] *bis*].

En ce qui concerne spécialement l'Algérie, une ordonnance du 7 décembre 1835 avait fixé à 10 p. 100 le taux de l'intérêt légal, en laissant d'ailleurs aux parties la liberté de stipuler un intérêt conventionnel supérieur à l'intérêt légal. Mais cette ordonnance a été rapportée par un arrêté du pouvoir exécutif, en date du 4 novembre 1848, qui, tout en maintenant à 10 p. 100 le taux de l'intérêt légal, défend, sous les peines portées par la loi du 3 septembre 1807, de stipuler un intérêt conventionnel supérieur à ce taux.

Les prêts faits en pays étrangers sont, en ce qui concerne le taux de l'intérêt [qui résulte du prêt [26] *ter*], exclusivement régis par les lois du pays où ils ont eu lieu, peu importe que le contrat ait été passé entre étrangers, entre étrangers et Français, ou même entre Français, [peu importe aussi que ces prêts soient ou non l'exécution d'une convention d'ouverture de crédit faite en un pays différent [26] *quater*.] Lorsque le remboursement de pareils prêts est poursuivi devant un tribunal français, le juge doit allouer les intérêts stipulés ou dus conformément ou en vertu de la loi du pays où le contrat a été passé, bien que le taux en soit supérieur à celui

[26] Cpr. Bourges, 6 mars 1860, Sir., 60, 2, 621.

[[26] *bis*. Req. 30 juillet 1895, Sir., 96, 1, 353, note critique de M. Appert.]

[[26] *ter*. Cpr. pour une solution différente (application de la *lex fori* au taux des intérêts moratoires en matière de reddition de compte d'un mandat civil, Req. 13 avril 1885, Sir., 86, 1, 154.]

[[26] *quater*. Chambéry, 19 février 1875, Sir., 76, 2, 174.]

que fixe la loi française [27]. Il en est ainsi, même des intérêts courus depuis la demande formée en France [28].

Aux termes de l'art. 8 de la loi du 8 juin 1857, la

[27] Fœlix, *Droit international*, I, p. 232. Taulier, VI, p. 433. Troplong, n° 359. Pont, I, 270. Aix, 14 janvier 1825, Sir., 26, 2, 66. Bordeaux, 26 janvier 1831, Sir., 31, 2, 178. Chambéry, 12 février 1869, Sir., 70, 2, 9. [Chambéry, 19 février 1875, Sir., 76, 2, 174. Cpr. Grenoble, 13 juillet 1872, Clunet 74, 128. Chambéry, 6 juin 1899, Clunet, 91, 567. Besançon, 21 juillet 1890, *Revue de Vincent*, I, 4, 36.] Voy. aussi, en ce sens, les arrêts cités à la note suivante. — [Nous ajouterons que si le taux de l'intérêt dépend du caractère civil ou commercial de l'opération, c'est, bien entendu, la loi visée au texte, celle du pays où le contrat a été passé, qui fixe ce caractère. Voy. Seine, 24 août 1881, Clunet, 82, 306. Paris, 23 mai 1912, Clunet, 1913, 609. Certains arrêts donnent d'ailleurs, pour la question que nous visons au texte, une formule un peu différente de la nôtre, et s'attachent à la loi du lieu de *réalisation* du prêt. Voy. Rouen, 12 juillet 1889, et Req. (mêmes parties), 12 février 1890, Clunet, 90, 123 et 495. — La solution donnée au texte ne s'applique d'ailleurs pas seulement dans l'ordre des conflits internationaux de lois : elle s'applique aussi dans l'ordre des conflits de lois personnelles entre elles (conflits algériens). Alger, 7 déc. 1892, Clunet, 93, 541. Elle a été étendue, dans l'ordre des conflits internationaux de lois, à la détermination du taux *maximum* de l'intérêt, en dehors de l'hypothèse d'un prêt. Paris, 13 août 1889. Clunet, 89, 818. Trib. de Besançon, 23 janvier 1890, Clunet, 92, 1031. Trib. consul. de Constantinople, 15 mars 1893, Clunet, 93, 615. Cpr. pour la détermination du taux des intérêts moratoires lorsque la demande de remboursement est introduite en France, Cass., 13 avril 1885, Clunet, 86, 459, et la note 26 *ter supra*. — Bien entendu, nous réservons, dans tout ce qui précède, l'hypothèse du prêt à la grosse et l'application de la loi du pavillon. Bordeaux, 1er avril 1889, Clunet, 92, 1006.] — Voy. en sens contraire [de l'opinion formulée au texte] : Duvergier, n° 313 ; Demangeat sur Fœlix, *op. et loc. cit.*, note *a*. A l'appui de leur manière de voir, ces derniers auteurs disent que la loi du 3 septembre 1807 est une loi d'ordre public, que le juge est toujours tenu de faire respecter. Cette proposition, vraie sans doute en ce qui concerne les prêts faits en France, est complètement inexacte en tant qu'on l'applique à des prêts contractés en pays étranger. Le législateur français, qui admet, aux colonies et en Algérie, un taux d'intérêt supérieur à celui de la France continentale, reconnaît, par cela même, que les lois restrictives du taux de l'intérêt sont purement locales ou territoriales.

[28] Il nous paraît impossible d'admettre que le retard apporté par le débiteur à l'exécution de ses engagements, puisse avoir pour résultat d'améliorer sa position, quant aux intérêts courus depuis l'époque fixée pour le remboursement. Cpr. texte n° 1, et note 3 *supra*. Req. rej., 10 juin 1857, Sir., 59, 1, 751. Bastia, 19 mars 1866, Sir., 66, 2, 255. Voy. en sens contraire : Pont, I, 271 ; Bordeaux, 22 août 1865, Sir., 66, 2, 217.

Banque de France a été autorisée à élever, lorsque les circonstances l'exigent, l'intérêt de ses avances au-dessus de 6 p. 100. Mais la circonstance que la Banque de France aurait usé de cette faculté, n'autoriserait pas les banques privées à élever dans la même mesure que celle-ci, l'intérêt de leurs avances [28 *bis*]. Il en serait cependant autrement, si le banquier avait simplement servi d'intermédiaire, pour procurer à l'emprunteur des fonds provenant de la Banque de France [29].

La loi du 3 septembre 1807 est inapplicable aux prêts sur nantissements faits par les monts-de-piété [30].

4° *Des actes auxquels s'appliquent, et de ceux auxquels ne s'appliquent pas, les dispositions légales restrictives du taux de l'intérêt.*

Ces dispositions régissent les prêts de sommes d'argent, peu importe que le capital prêté soit remboursable après un certain délai, ou que le prêt ait eu lieu sous forme de constitution de rente perpétuelle [31].

Mais elles reçoivent exception, lorsque, comme cela a lieu dans le prêt à la grosse aventure, le créancier se trouve exposé à perdre, dans telle ou telle éventualité, le droit d'exiger le remboursement de son capital [32].

[28 *bis*. Cpr. en ce sens la note de M. Labbé, sous Cass., 11 février 1878. Sir., 78, 1, 393.]

29 Nancy, 8 juillet 1858, Sir., 58, 2, 698.

30 Décret du 24 messidor an XII. Décret du 8 thermidor an XIII. Merlin, *Rép.*, v° Monts-de-piété, n° 4.

31 Duranton, XVII, 603. Duvergier, n°s 326 et 327. Troplong, n° 446. Pont, I, 328. Zachariæ, § 399, note 1. Voy. en sens contraire : Favard, *Rép.*, v° Intérêts, n° VII.

32 Voy. Code de Commerce, art. 311 et 325. Zachariæ, § 396. [Cpr. Bordeaux, 6 juin 1882, Sir., 83, 2, 151. Voy. encore, pour le principe, Cass., 6 déc. 1886, Sir., 87, I, 419.] — De simples risques de fait résultant, soit de la situation embarrassée de l'emprunteur, soit de la nature plus ou moins chanceuse des opérations en vue desquelles se fait une avance de fonds, n'autorise pas le prêteur à stipuler des bonifications supérieures à l'intérêt légal. Pont, I, 286. Voy. cep. Req. rej., 8 juillet 1851, Sir., 51, 1, 501. [Civ. rej., 18 avril 1883, Sir., 83, 1, 361, note critique de M. Lyon-Caen. Rennes, 14 mai 1884, sous Civ. cass., 2 février 1887, Sir.,

[Elles reçoivent pareillement exception lorsqu'il s'agit de la prime de remboursement d'une obligation émise par une société civile ou commerciale [32] *bis*, lors au moins que ladite obligation est arrivée à échéance [32] *ter*, et que le taux de l'intérêt annuel desdites obligations est resté inférieur au taux légal [32] *quater*.]

Les dispositions restrictives du taux de l'intérêt sont inapplicables aux prêts de choses mobilières autres que des sommes d'argent, et notamment aux prêts de denrées et de titres d'actions, ou d'obligations industrielles [33]. Il en est cependant autrement, si l'emprunteur n'ayant pas réellement besoin des objets empruntés, l'opération

88, 1, 57.] C'est avec raison que M. Pont conteste l'exactitude de la doctrine admise par l'arrêt de 1851. Mais nous ne saurions nous associer à la critique qu'il dirige, à ce point de vue, contre un autre arrêt de la Cour de cassation (Req. rej., 13 août 1845, Sir., 45, 1, 714), qui se justifie par le caractère aléatoire des bonifications allouées au prêteur, en compensation de sa renonciation à une partie de l'intérêt légal et à tout droit de commission. [Le caractère aléatoire des garanties données par l'emprunteur au prêteur n'entraînerait d'ailleurs pas le caractère aléatoire du prêt lui-même. Crim. cass., 2 juin 1888, Sir., 89, 1, 393. Paris, 4 juillet 1888 sous Crim. cass., 9 nov. 1889, Sir., 89, 1, 393 (note critique de M. Lyon-Caen sur ce second arrêt, intervenu dans une hypothèse où le contrat de prêt lui-même présentait un caractère aléatoire.) — Voy. enfin, comme exemples d'opérations non aléatoires : Cass., 10 mars 1903, Sir., 03, 1, 413. Cass., 2 février 1905, Sir., 07, 1, 229.]

[32 *bis*. Paris, 23 mai 1862, Sir., 62, 2, 327. Civ. rej. (mêmes parties) 10 août 1863, Sir., 63, 1, 428, et les conclusions de M. l'avocat général de Raynal. Paris, 18 mars 1881, Sir., 83, 2, 238. Rennes, 14 mai 1884, sous Civ. cass., 2 février 1887, Sir., 88, 1, 57. Cpr. Paris, 15 mai 1878, sous Civ. cass., 29 juin 1881, Sir., 83, 1, 218. Req., 28 janvier 1884, Sir., 86, 1, 465, note Lyon-Caen. Cpr. aussi, au point de vue du pourvoi en cassation, s'agissant ici d'un moyen nouveau, les arrêts précités du 18 avril 1883, et du 28 janvier 1884. — Voy. encore, dans le sens de la règle posée au texte et pour une hypothèse un peu différente, Douai, 24 février 1873, Sir., 73, 2, 244.]

[32 *ter*. Voy. en ce sens les arrêts cités à la note 32 *bis*. Voy. en sens contraire, Lyon, 8 août 1873, Sir., 74, 2, 105.]

[32 *quater*. Voy. la note de M. Lyon-Caen sous Civ. rej., 18 avril 1883, Sir., 83, 1, 361.]

33 Garnier, *De l'usure*, n° 9. Petit, *De l'usure*, n° 52. Troplong, n° 361. Pont, 1, 288. Paris, 12 décembre 1863, Sir., 64, 2, 21. Req. rej., 8 mars 1865, Sir., 65, 1, 271. [Aix, 26 juillet 1871, Sir., 72, 2, 141.] Voy. en sens contraire : Duvergier, n° 279 ; Taulier, VI, p. 442 et 443.

n'avait eu véritablement pour but que de lui donner les moyens de se procurer de l'argent par la vente de ces objets, et de déguiser ainsi un prêt usuraire.

A plus forte raison, ces dispositions sont-elles étrangères aux intérêts stipulés à l'occasion et comme condition de contrats autres que le prêt [34]. Ainsi, rien ne s'oppose à la stipulation d'intérêts supérieurs au taux fixé par la loi du 3 septembre 1807, pour une dot, pour un prix de vente, [même de valeurs à lots-[34] *bis*, ou pour le prix d'une cession accompagnée d'une convention de report consentie au cessionnaire [34] *ter*,] dont le paiement ne doit avoir lieu qu'après un certain délai [35]. Par la même raison, un testateur peut, en fixant un terme plus ou moins éloigné pour le paiement du legs d'une somme d'argent, valablement imposer à la personne chargée du paiement de ce legs, l'obligation d'en servir, jusqu'à l'arrivée de ce terme, des intérêts supérieurs à l'intérêt légal [36].

Enfin, ces dispositions ne concernent ni l'escompte, ni le change [37], lorsque d'ailleurs les opérations inter-

[34] *Usura non committitur in alio contractu quam mutui, vel expliciti vel impliciti*, Scaccia, *De usuris*, § 1, quest. 1, n° 398. Pothier, n° 88. Troplong n°s 369, et suiv. [Paris, 20 janvier 1892, Sir., 94, 2, 169 (note Tissier). Alger, 19 mai 1909, Sir., 09, 2, 112.]

[[34] *b.s.* Orléans, 20 nov. 1886, Sir., 87, 2, 49 (note Labbé.) Cass. (mêmes parties), 11 déc. 1888, Sir., 89, 1, 112.]

[[34] *ter*. Paris, 20 janvier 1892, Sir., 94, 2, 69 et la note de M. Tissier.]

[35] Les intérêts stipulés au-dessus du taux légal sont, en pareil cas, à considérer comme formant partie intégrante de la constitution dotale ou du prix de vente. Zachariæ, § 396, note 11, *in fine*. Riom, 12 mars 1828, Sir., 32, 2, 16. [Besançon, 21 juillet 1890, Sir., 91, 2, 104. Dijon, 12 déc. 1894, Sir., 95, 2, 19. Cass., 13 mars 1899, Sir., 99, 1, 216. Alger, 19 mai 1909, Sir., 09, 2, 112. — Le tout, bien entendu, pourvu qu'il ne s'agisse pas d'une opération ayant précisément pour objet de dissimuler le prêt usuraire. Cass., 14 mai 1886, Sir., 87, 1, 345. Cpr. en ce sens Dijon, 12 déc. 1894, Sir., 95, 2, 19.]

[36] Décret du 17 juillet 1808, Sir., 08, 2, 249. Zachariæ, § 396, texte et note 11.

[37] L'escompte et le change supposent une négociation d'effet, c'est-à-dire une vente et un achat de créance. Or, une pareille convention ne saurait être assimilée à un simple prêt, et échappe par conséquent à l'application des dispositions légales qui restreignent le taux de l'intérêt. Pardessus, *Droit commercial*, II, 471. Horson, *Questions de Droit commercial*, quest. 224. Troplong, n°s 369 à 380. Crim. cass., 8 avril 1825, Sir.,

venues entre les parties sont, d'après leur nature réelle, susceptibles de donner lieu à de pareilles perceptions [38].

Elles ne s'opposent pas davantage à ce que le négociant, qui fait une opération de banque, perçoive, en sus de l'intérêt légal des sommes ou valeurs par lui fournies, un droit de commission [39] au taux ordinaire de la place [40]. Mais ce droit une fois perçu ne peut, lorsqu'il y a compte courant entre les parties, être derechef prélevé sur les soldes de compte, reportés à nouveau [41].

25, 1, 358, Crim. cass., 26 août 1825, Sir., 25, 1, 360. Civ. rej., 4 février 1828, Sir., 28, 1, 99. Crim. cass., 16 août 1828, Sir., 29, 1, 37. Toulouse, 25 juin 1829. Sir., 30, 2, 320. Grenoble, 16 février 1836, Sir., 37, 2, 361. Paris, 18 janvier 1839, Sir., 39, 2, 262. Civ. rej., 10 janvier 1870, Sir., 70, 1, 157. Voy. en sens contraire : Chardon, *Du dol et de la fraude*, III, 489 ; Duvergier, *Revue de Droit français et étranger*, 1847, IV, p. 1, et 453, et *Traité du prêt*, nos 293 et suiv. Cpr. aussi : Pont, I, 281, 282, 284. Cet auteur admet notre manière de voir en ce qui concerne le change, mais la rejette quant à l'escompte, qui ne constitue, selon lui, qu'un prêt à intérêt.

[38] Cpr. texte no 5, et note 43, *infra*.

[39] Troplong, no 382. Req. rej., 14 juillet 1840, Sir., 40, 1, 897. Civ. rej., 7 mai 1844, Sir., 45, 1, 53. Civ. rej., 2 juillet 1845, Sir., 45, 1, 481. Grenoble, 15 mars 1844, et 1er avril 1846, Sir., 46, 2, 458, et 460. Colmar, 27 mai 1846. Sir., 48, 2, 491. Douai, 19 août 1846, Sir., 47, 2, 128. Rouen. 27 mars 1847, Sir., 48, 2, 485. Req. rej., 12 mars 1851, Sir., 51, 1, 401, Civ. rej., 14 mars 1856, Sir., 56, 1, 729. Req. rej., 17 mars 1862, Sir., 62, 1, 430. Civ. cass., 28 avril 1869, Sir., 69, 1, 306. [Cass., 11 déc. 1888, Sir., 89, 1, 197. Orléans, 17 février 1881, Sir., 82, 2, 245. Cass., 8 mars 1897, Sir., 97, 1, 281.] Voy. en sens contraire : Pont, I, 285.

[40] Un droit de commission qui excéderait le taux ordinaire usité sur la place, serait réductible, comme présentant un caractère usuraire. Troplong, no 385. Req. rej., 21 juillet 1847, Sir., 47, 1, 797. Cpr. Grenoble 16 février 1836, Sir., 37, 2, 361. [Cass., 11 février 1878, Sir., 78, 1, 393 et la note de M. Labbé, sur le caractère du droit de commission. Cass., 11 déc. 1888, Sir., 89, 1, 197.]

[41] Troplong, no 384. Req. rej., 12 novembre 1834, Sir., 35, 1, 334. Grenoble, 16 février 1836, Sir., 37, 2, 361. Grenoble, 31 août 1839, Sir., 40, 1, 897. Orléans, 22 août 1840, Sir., 40, 2, 433. Civ. rej., 2 juillet 1845, Sir., 45, 1, 481. Colmar, 27 mai 1846, Sir., 48, 2, 491. Rouen, 27 mars 1847, Sir., 48, 2, 485. Crim. cass., 14 mai 1852, Sir., 52, 1, 855. Req. rej., 5 décembre 1854, Sir., 55, 1, 30. Angers, 1er mars 1868, Sir., 68, 2, 348. Cpr. Civ. cass., 25 mai 1864, Sir., 64, 1, 313. Voy. cep. Grenoble, 15 mars 1844, et 1er avril 1846, Sir., 46, 2, 458 et 460 ; Dijon, 2 janvier 1865, Sir., 65, 2, 3. [Cass., 5 nov. 1884, Sir., 97, 1, 481, à la note. Cass., 8 mars 189*ib .d*

5° *De l'usure*[42].

Toute perception faite par le prêteur en sus de l'intérêt admis par la loi, et du droit de commission qui pouvait être légitimement dû, est à considérer comme usuraire, sous quelque prétexte qu'elle ait été opérée, et quel que soit le mode de calcul qui y ait donné lieu. Il en est ainsi notamment :

de l'escompte perçu à l'occasion d'une opération qui ne constituait qu'un prêt, et non une négociation d'effets, ou un paiement anticipé [43] ;

du droit de commission perçu pour un prêt d'argent d'une nature purement civile[44];

de la perception faite, même par un banquier, d'une prime indépendante du droit de commission[45] ;

de la retenue, au moment même du prêt, du montant des intérêts à échoir (*intérêts pris en dedans*)[46];

[42] Cpr. sur cette matière : *De l'usure, dans l'état actuel de la législation*, par Chardon ; Paris, 1823, 1 vol. in-8°. *Traité de l'usure dans les transactions civiles et commerciales*, par Garnier ; Paris, 1826, 1 vol. in-12. *Traité de l'usure*, par Petit ; Paris, 1840, 1 vol. in-8°.

[43] C'est ce qui aurait lieu, si le banquier qui a fait une ouverture de crédit avait perçu un escompte sur des billets à ordre directement souscrits à son profit par le crédité. La création de billets à ordre, qui ne sont remis en pareil cas que dans l'intérêt du banquier, et comme condition de l'ouverture de crédit, ne changerait pas le caractère de l'opération principale, qui n'est en réalité qu'un prêt. Civ. cass., 27 novembre 1843, Sir., 44, 1, 87. [Cass. 20 janvier 1888, Sir. ,89, 1, 281 (note critique Villey).] On pourrait admettre le contraire, si, en l'absence de toute convention de prêt ou d'ouverture de crédit, un banquier escomptait un billet même souscrit directement à son ordre par celui qui le présente à l'escompte. Troplong, n° 378. Paris, 18 janvier 1839, Sir., 39, 2, 262. [Voy. encore, dans le sens de la règle posée au texte : Cass., 16 août 1877, Sir.,78, 1, 331. Cass., 25 juillet 1879, Sir., 1880, 2, 73, à la note.]

[44] Troplong, n° 383. Agen, 12 mai 1853, Sir., 53, 2, 273. Agen, 19 juillet 1854, Sir., 54, 2, 593. Cpr. Grenoble, 6 mars 1840, Sir., 40, 2, 213.

[45] Crim. cass., 14 mai 1852, Sir., 52, 1, 855. Voy. cep. Req. rej., 8 juillet 1851, Sir., 51, 1, 501. Cpr. aussi : Civ. rej., 7 mai 1844, Sir., 45, 1, 53. [Lyon, 26 août 1881, Sir., 82, 2, 168.]

[46] Pardessus, *Droit commercial*, II, 471. Pont, I, 292. Agen, 12 mai 1853, Sir., 53, 2, 273. Agen, 19 juillet 1854, Sir., 54, 2, 593. Crim. rej., 26 mai 1855, Sir., 55, 1, 387. Limoges, 25 juillet 1865, Sir., 65, 2, 284. Toulouse, 23 janvier 1868, Sir., 68, 2, 36.

de la perception de l'excédant d'intérêts résultant d'un calcul établi sur la base de l'année réduite à 360 jours [47] ;

de la part, réglée d'avance et à forfait, dans les bénéfices d'une entreprise, allouée à un simple bailleur de fonds, non associé, en sus de l'intérêt légal du capital qu'il a versé [48] ;

enfin, des sommes ou valeurs que le créancier se serait fait remettre par le débiteur à un titre quelconque, fût-ce même à titre de don [49].

Le débiteur ne peut, par aucune confirmation, expresse ou tacite, ni même par un nouvel acte d'obligation, renoncer au droit de répéter des intérêts usuraires [50].

Mais celui qui, par un jugement passé en force de chose jugée, aurait été condamné au paiement d'une somme déterminée, ne serait plus admis à demander la réduction de la condamnation, sous prétexte qu'elle comprend des intérêts usuraires [51].

Les actes passés dans le but de déguiser un prêt à intérêt sont, tout aussi bien que les prêts faits ouvertement, soumis à l'application de la loi du 3 septembre 1807.

Le contrat pignoratif est une des formes sous lesquelles

[47] Rouen, 19 juin 1847, Sir., 48, 2, 311. Paris, 20 avril 1848, Sir., 49, 2, 298. Civ. cass., 20 juin 1848, Sir., 48, 1, 433. Crim. cass., 14 mai 1852, Sir., 52, 1, 855. [Angers, 5 février 1874, sous Cass., 15 nov. 1875, Sir., 76, 1, 69. Cass., 4 janvier 1876, Sir., 76, 1, 65. Dijon, 5 juillet 1880, Sir., 82, 2, 203.] Voy. en sens contraire : Grenoble, 15 mars 1844 et 1er avril 1846, Sir., 46, 2, 458 et 460.

[48] Rouen, 21 juillet 1861, Sir., 62, 2, 325. Civ. rej., 16 juin 1863, Sir., 63, 1, 334. [Cass., 20 juin 1888, Sir., 89, 1, 8. Cass., 10 mars 1903, Sir., 03, 1, 413. Cass., 6 février 1905, Sir., 07, 2, 229. Voy. pour la solution contraire, mais pour une hypothèse différente, Cass., 9 juillet 1885, Sir., 88, 1, 477.]

[49] Duvergier, n° 281. Troplong, n° 367. Pau, 17 janvier 1824, Sir., 28, 2, 66. Bordeaux, 17 décembre 1827, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VIII, 2, 425.

[50] Civ. rej., 31 décembre 1833, Sir., 34, 1, 104. Cpr. Bordeaux, 17 décembre 1827, Sir., 28, 2, 65. Voy. aussi : § 339, texte n° 2, et note 24.

[51] Chardon, *De l'usure*, n° 529. Toulouse, 31 juillet 1829, Sir., 30, 2, 132. Req. rej., 27 mai 1840, Sir., 40, 1, 620. Req. rej., 8 mars 1847, Sir., 47, 1, 470. Voy. cep. Bourges, 2 juin 1831, Sir., 32, 2, 120. — *Quid* de la transaction sur une action en répétition d'intérêts usuraires? Cpr. § 420, texte n° 4.

le prêt à intérêt se désigne le plus fréquemment [52]. On appelle ainsi un contrat par lequel le propriétaire d'un immeuble [52 *bis*], qui veut se procurer des deniers ou s'acquitter d'une dette, vend en apparence cet immeuble au prêteur ou au créancier, sous la condition de pouvoir en exercer le retrait pendant un certain temps, et d'en rester, pendant cet intervalle, en possession à titre de bail, moyennant un fermage destiné à représenter l'intérêt de la somme qu'il devait ou qu'il a reçue [53].

Les principales circonstances auxquelles on peut reconnaître l'impignoration sont : la faculté de retrait, le maintien du vendeur apparent dans la possession des biens à titre de bail (*relocatio in instanti*), la vileté du prix. Le concours de toutes ces circonstances n'est cependant pas indispensable pourqu'un contrat de vente puisse être déclaré pignoratif [54]. D'un autre côté, la réu-

[52] Le contrat *mohatra* a également pour objet de déguiser un prêt à intérêt. On appelle ainsi une convention par laquelle le prêteur, après avoir en apparence vendu une chose à l'emprunteur, moyennant un prix payable à terme, la rachète, par lui-même ou par une personne interposée, moyennant un prix payable au comptant, et inférieur à celui que l'emprunteur a promis. Pothier, *Du prêt de consomption*, n° 88, et *De la vente*, n° 38. Crim. rej., 27 février 1864, Sir., 64, 1, 341. — Voy. aussi, sur la convention simulée, appelée par les casuistes *le cas des trois contrats* : Pothier, *De la société*, n° 22 ; Troplong, *Du contrat de société*, I, 47, et II, 652 ; Duvergier, *De la société*, n° 58.

[52 *bis*. Voy. la même combinaison pour un meuble : Req. 1 juillet 1904, Sir., 04, 1, 519.]

[53] Voy. sur le contrat pignoratif : Loisel, *Inst. cout.*, liv. IV, tit. I, rég. 11 ; Merlin, *Rép.*, v° Pignoratif (contrat), et *Quest.*, v° Contrat pignoratif, *Dissertation*, par M. de Neyremand, *Jurisprudence de la Cour de Colmar*, XXIX, p. 321 ; Troplong, *De la vente*, II, 695.

[54] Rouen, 22 messidor an XI, Sir., 7, 2, 872. Limoges, 18 mars 1828, Sir., 28, 2, 156. Montpellier, 25 août 1829, Sir., 30, 2, 82. Pau, 17 mai 1830, Sir., 30, 2, 243. Colmar, 22 août 1812, 15 mars 1815, 18 novembre 1824, 19 mai 1826, 24 décembre 1833, *Jurisprudence de la cour de Colmar*, VIII, 65, XI, 145, XII, 193, XXII, 83, XXIX, 321. Limoges, 19 mars 1836, Sir., 37, 1, 936. Lyon, 27 août 1841, Sir., 42, 2, 33. Caen, 20 janvier 1846, Sir., 46, 2, 499. [Cpr. Req. 12 juillet 1876, Sir., 76, 1 464. Alger, 2 nov. 1885, Sir., 86, 2, 132.] — Il importe peu, quant à la relocation *in instanti*, que le bail soit renfermé dans l'acte même de vente ou dans un acte séparé, pourvu qu'en réalité il concoure avec la vente. Montpellier, 25 août 1829, Sir., 30, 2, 82.

nion de plusieurs de ces circonstances ne placerait pas le juge dans la nécessité de déclarer l'existence d'une simple impignoration[55].

Les contrats destinés à déguiser un prêt, même usuraire, ne sont point, par cela seul, destitués de toute efficacité. Ils produisent tous les effets licites attachés à la convention que les parties ont eu en réalité l'intention de conclure[56]. Ainsi, par exemple, une vente apparente, qui sera reconnue n'être qu'une impignoration, vaudra comme prêt garanti par une sorte de nantissement ou de droit de rétention[57]. Mais ce que le débiteur aura payé, à titre de fermages, au delà du taux légal de l'intérêt de la somme par lui due, devra être imputé sur le principal, ou lui être restitué[58].

La preuve testimoniale et de simples présomptions sont, en général, admises pour établir des faits d'usure, quoiqu'il existe des actes sous seing privé, ou même des actes authentiques, tendant à prouver que le créancier n'a perçu que l'intérêt légal des prêts réels par lui faits[59].

[55] Civ. cass., 6 frimaire an VIII, Sir., 1, 1, 270. Civ. rej., 24 fructidor an VIII, Sir., 1, 1, 343. Civ. rej., 23 décembre 1845, Sir., 46, 1, 732. Civ. rej., 22 avril 1846, Sir., 46, 1, 639. Cpr. Req. rej., 19 août 1840, Sir., 41, 1, 176.

[56] Cpr. § 35.

[57] C'est ce qui a toujours été reconnu dans notre ancienne jurisprudence, non seulement en ce qui concerne les rapports des parties entre elles, mais même au regard des tiers acquéreurs ou créanciers hypothécaires. Louet, lettre P, sommaire LXI. Troplong, *Du nantissement*, n° 529. Req. rej., 28 mars 1837, Sir., 37, 1, 936. Bastia, 9 mai 1838, Sir., 38, 2, 369. Caen, 30 janvier 1846, Sir., 46, 2, 499. Voy. cep. Pau, 17 mai 1830, Sir., 30, 2, 243 ; Lyon, 27 août 1841, Sir., 42, 2, 32.

[58] Rouen, 22 messidor an XI, Sir., 7, 2, 872. Poitiers, 5 prairial an XII, Sir., 4, 2, 341. Caen, 26 janvier 1846, Sir., 46, 2, 499. Cpr. § 438, texte n° 2, notes 3 et 4.

[59] Art. 3 de la loi du 3 septembre 1807. Art. 1353, et arg. de cet article. Civ. rej., 18 thermidor, an XIII, Sir., 7, 2, 1244. Req. rej., 28 juin 1821, Sir., 22, 1, 269. Riom, 16 janvier 1827, Sir., 27, 2, 57. Caen, 26 juillet 1827, Sir., 30, 2, 204. Req. rej., 18 février 1829, Sir,. 29, 1, 96. Bourges, 2 juin 1831, Sir., 31, 2, 248. — Cependant la preuve testimoniale et de simples présomptions ne seraient admissibles qu'au moyen d'une inscription de faux, si les faits d'usure articulés par le débiteur tendaient à détruire la réalité de faits matériels énoncés dans un acte authentique,

La preuve par témoins et les présomptions sont également reçues pour établir la simulation à l'aide de laquelle on aurait déguisé un prêt usuraire sous l'apparence de quelque autre contrat[60].

γ. *De la constitution de rente.*

§ 397.

Des rentes perpétuelles en général.

Les rentes perpétuelles, c'est-à-dire celles dont le service n'est pas limité à une durée déterminée, sont, ou constituées, ou réservées.

Les rentes constituées sont celles qui se trouvent établies comme condition du prêt d'un capital dont le prêteur renonce à exiger le remboursement. Art. 1909.

Les rentes réservées sont celles qui ont été stipulées comme prix de la vente, ou comme charge de la donation, d'un immeuble. Art. 530. Les règles relatives à ces rentes ayant déjà été exposées au § 224 *ter*, nous avons supprimé l'ancien § 399, qui traitait de cette manière.

§ 398.

Des rentes constituées [1].

La renonciation de celui qui prête une somme d'argent à la faculté d'en demander le remboursement, renonciation

et constatés par l'officier public, rédacteur de cet acte, comme s'étant passés en sa présence. Cpr. l'arrêt du 28 juin 1821, ci-dessus cité.

[60] Bordeaux, 7 avril 1827, Sir., 27, 2, 136. Caen, 30 janvier 1846, Sir., 46, 2, 499.

[1] Cpr. sur cette matière : Les commentateurs de la coutume de Paris, aux art. 99 et suiv. *Traité de la garantie des rentes*, par Loyseau, dans ses œuvres ; Paris, 1680, 2 vol. in-fol. ; Lyon, 1701, 1 vol. in-fol. *Jurisprudence des rentes constituées*, Nîmes, 1758, in-12. *Jurisprudence des rentes*, ou *Code des rentiers par ordre alphabétique*, par de Beaumont ; Paris, 1784, in-12. *Traité du contrat de constitution de rente*, par Pothier.

qui caractérise la constitution de rente [1 *bis*], n'a pas besoin d'être expresse. Elle peut résulter de l'ensemble des clauses du contrat, ou des termes dont les parties se sont servies pour déterminer leurs obligations et leurs droits respectifs [2].

Les constitutions de rentes perpétuelles ne peuvent, comme les prêts ordinaires, être faites qu'au taux de l'intérêt légal[3]. Il en est ainsi, alors même que la rente est constituée, non en argent, mais en denrées [4].

Le débiteur est autorisé à rembourser le capital de la rente quand bon lui semble, à moins qu'il n'ait été convenu que le remboursement n'aurait lieu qu'après un avertissement préalable donné au créancier, ou après un certain délai, qui, toutefois, ne peut être fixé à plus de dix ans[5]. Art. 1911.

Si le débiteur laisse plusieurs héritiers, chacun d'eux est autorisé à se libérer individuellement de la part qu'il doit aux arrérages, et même à effectuer le remboursement du capital dans la proportion de sa part héréditaire[6]. Art. 1220.

[1 *bis* Il ne faudrait pas conclure de cette définition que la constitution de rente ne soit possible aujourd'hui que par acte entre vifs. Elle peut aussi résulter d'un testament, et faire l'objet d'un legs. Req. 10 nov. 1902, Sir., 03, 1, 311. Cpr. Paris, 25 février 1834, Sir., 34, 2, 86.]

[2] Paris, 14 prairial an XIII, Sir., 5, 2, 285. Cpr. Req. rej., 24 mars 1818, Sir., 19, 1, 188.

[3] Voy les autorités citées à la note 31 du § 396.

[4] Troplong, n° 393. Req. rej., 26 août 1846, Sir., 47, 1, 113.

[5] La stipulation d'un délai plus long ne serait pas absolument nulle, mais seulement réductible. Arg. art. 1660. Duranton, XVII, 611. Troplong, n° 440. Pont, 1, 342. Zachariæ, § 399, texte et note 15.

[6] Delvincourt, III, p. 415 à 417. Duranton, XVII, 613. Duvergier, n° 336. Taulier, p. 452. Pont, I, 345. — Merlin, *Rép.*, v° Rente constituée, § 9, n° 3, et MM. Troplong (n° 463) et Larombière (*Des obligations*, II, art. 1221, n° 37), enseignent, conformément à l'ancienne jurisprudence, que les héritiers du débiteur ne peuvent forcer le créancier à accepter des remboursements partiels. Mais ces auteurs n'ont pas pris garde que la constitution de rente ne peut plus, d'après le Code Napoléon, être envisagée que comme un contrat de prêt à intérêt modifié en faveur du débiteur. Vainement M. Troplong se prévaut-il des termes *rachetable* et *rachat*, qu'on lit dans l'art. 1911, pour en inférer qu'on doit appliquer ici, par analogie, les dispositions de l'art. 1670 relatif au réméré. En effet, d'après

Par exception, le créancier a le droit d'exiger le remboursement du capital dans les hypothèses suivantes :

1° Lorsque le débiteur cesse, pendant deux années consécutives, le service de la rente, de manière à se trouver, après la seconde échéance annuelle, en retard de deux années d'arrérages[7]. Le droit au remboursement est acquis au créancier, par le fait seul du non-paiement des arrérages, sans qu'il soit besoin que le débiteur ait été constitué en demeure au moyen d'une sommation[8]. Art.

le caractère réel du contrat de constitution de rente, tel que l'établit le Code Napoléon, ces expressions traditionnelles n'expriment plus aujourd'hui que l'idée d'une faculté de remboursement. Il n'existe, d'ailleurs, aucune parité entre la position du créancier d'une rente constituée, auquel l'un des héritiers du débiteur offrirait, pour sa part, le remboursement du capital de la rente, et celle de l'acquéreur d'un corps certain, au préjudice duquel l'un des héritiers du vendeur prétendrait exercer, pour sa part seulement, la faculté de retrait.

[7] C'est ainsi qu'il faut entendre les termes de l'art 1912, *s'il cesse de remplir ses obligations pendant deux ans* : ils ne signifient pas que les deux années ne commencent à courir qu'à partir du jour fixé pour la première échéance annuelle. Toullier, VI, 566. Duranton, XVII, 617. Zachariæ, § 399, note 3. Civ. cass., 12 novembre 1822, Sir., 23, 1, 174.

[8] Delvincourt, III, p. 414. Toullier, VI, 559. Duranton, XVII, 619. Troplong, n°s 474 et suiv. Demolombe, I, 55. Zachariæ, § 399, texte et note 4. Civ. rej., 8 avril 1818, Sir., 18, 1, 238. Civ. rej., 10 novembre 1818. Sir., 19, 1, 13. Civ. rej., 16 décembre 1818, Sir., 19, 1, 174. Caen, 3 août 1827, Sir., 28, 2, 140. Civ. rej., 25 novembre 1839, Sir., 40, 1, 252. Civ. cass., 9 août 1841, Sir., 41, 1, 796. Voy. en sens contraire : Pont, I, 352. La solution que nous avons admise semble contraire à la règle que le pacte commissoire n'opère pas de plein droit. Mais elle se justifie par cette considération qu'il s'agit moins de prononcer la résolution du contrat de constitution de rente, que de relever le créancier de la renonciation conditionnelle par lui faite à la faculté d'exiger son remboursement. C'est d'après cette considération que l'art. 1912 ne subordonne pas à la mise en demeure du débiteur le droit de le contraindre au remboursement. Il est donc inutile et inexact de supposer, comme le fait M. Duranton, que l'art. 1912 consacre, par exception à l'art. 1139, la maxime *Dies pro homine interpellat.* — Il est bien entendu que le débiteur ne pourrait être contraint au remboursement, si c'était par la faute du créancier qu'il eût été empêché d'acquitter exactement les arrérages. Zachariæ, § 399, texte et note 6. Civ. rej., 31 août 1818, Sir., 19, 1, 70. Caen, 18 avril 1824, Sir., 25, 2, 215. Req. rej., 19 avril 1831, Dalloz, 1831, 1, 254. Req. rej., 5 décembre 1833, Dalloz, 1834, 1, 65.

1912, al. 1[9]. Toutefois, si la rente est quérable, c'est-à-dire payable au domicile du débiteur, le créancier ne peut exiger le remboursement du capital qu'en justifiant, d'une manière régulière, qu'il s'est présenté à ce domicile pour recevoir les arrérages[10]. Au cas où le débiteur est décédé laissant plusieurs héritiers, dont les uns servent régulièrement leurs parts d'arrérages, et dont les autres négligent de les acquitter, le créancier ne peut exiger le remboursement que contre ces derniers, et seulement dans la proportion de leurs parts héréditaires.

2° Lorsque le débiteur manque à fournir les sûretés promises par le contrat, ou qu'il diminue par son fait celles qu'il a fournies[11]. Art. 1912, al. 2, et arg. de cet art. cbn. art. 1188. Si les sûretés données par le débiteur diminuent ou périssent sans sa faute, il doit être admis à les compléter ou à en fournir de nouvelles, et il ne peut être contraint au remboursement qu'autant qu'il néglige de le faire[12].

3° Lorsque le débiteur tombe en faillite ou en décon-

[9] La disposition de l'al. 1[er] de l'art. 1912 s'applique aux rentes constituées à titre gratuit, comme aux rentes constituées à raison d'un prêt, alors du moins que la rente a été constituée avec indication d'un capital déterminé. Civ. rej., 12 juillet 1813, Sir., 13, 1, 354. Cpr. cep. Duranton, XVII, 622. Voy. en sens contraire : Pont, I, 355. [Rennes, 23 août 1879, Sir., 80, 2, 198.] — Cette disposition s'applique-t-elle aux rentes constituées antérieurement à la promulgation du Code Napoléon? Voy. pour la négative : § 30, texte II, n° 3, et note 53.

[10] Cpr. § 308, texte n° 1, note 10. Turin, 27 avril 1812, Sir., 13, 2, 354. Civ. cass., 12 mai 1819, Sir., 19, 1, 274. Grenoble, 19 juillet 1827, Sir., 28, 2, 178. Caen, 2 août 1827, Sir., 28, 2, 140. Poitiers, 19 août 1835, Sir., 35, 2, 511. Civ. rej., 28 juin 1836, Sir., 36, 1, 690. Caen, 20 mars 1839, Sir., 39, 2, 431. Cpr. Civ. rej., 29 août 1860, Sir., 61, 1, 145. [Rennes, 23 août 1879, Sir., 80, 2, 198.] Voy. cep. Bourges, 7 décembre 1826, Sir., 29, 2, 210.

[11] Voy. sur les circonstances dans lesquelles le débiteur doit être considéré comme ayant diminué les sûretés par lui fournies : § 303, note 14 et § 286, texte n° 2 ; Duranton, XVII, 628 ; Paris, 11 février 1815, Sir., 16, 2, 214 ; Req. rej., 4 décembre 1832, Dalloz, 1833, 1, 100 ; Pau, 23 août 1834, Dalloz, 1835, 2, 29.

[12] Art. 2131, et arg. de cet article. Cpr. § 303, note 13. Voy. en sens contraire : Civ. cass., 17 mars 1818, Sir., 18, 1, 260. Cet arrêt nous paraît avoir faussement interprété l'art. 2131, sur lequel il est fondé. Cpr. § 286, texte n° 4.

fiture. Art. 1913. La faillite ou la déconfiture du débiteur principal rend le capital exigible même à l'égard de la caution[13].

c. *Du dépôt et du séquestre.*

Sources. *Code Napoléon*, art. 1915-1963. — Bibliographie. *Traité du Contrat de dépôt*, par Pothier. *Traité des dépôts*, par Aublet de Maubuy : Paris, 1782, in-8°. *Traité du dépôt*, par Duvergier, vol. VI de la continuation de Toullier ; Paris, 1843. *Du dépôt*, par Troplong; Paris, 1845, 1 vol. in-8°. Pont, *Des petits contrats*, I, n°s 375 à 570.

§ 400.

Du contrat de dépôt en général.

Le dépôt, en général, est un contrat par lequel une chose corporelle est confiée à une personne, qui s'oblige à la garder et à la rendre dans son individualité. Art. 1915.

Dans cette acception étendue, le dépôt comprend le dépôt proprement dit, et le séquestre. Art. 1916.

α. *Du dépôt proprement dit.*

§ 401.

Notion et division de ce contrat.

Le dépôt proprement dit est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à garder gratuitement une chose mobilière et corporelle, qui lui est confiée par l'autre partie, et à la lui restituer, dans son individualité, à première réquisition. Art. 1917 à 1919, 1932 et 1944 [1].

[13] Cpr. § 303, texte et note 18. Proudhon, *Du domaine privé*, I, 232, Caen, 10 nov. 1857, Sir., 58, 2, 427.

[1] Voy. sur les caractères qui distinguent le dépôt de tout autre contrat, et spécialement du mandat et du nantissement : L. I. § 10, D. *depos.* (16, 37); Pothier, n° 9; Delvincourt, sur l'art. 1915 ; Duranton, XVIII et suiv. ; Pont, 384 à 399 ; Zachariæ, § 401, note 3 ; Paris, 18 janvier 1834. Sir., 34, 2, 93 ; Civ. rej., 16 février 1853, Sir., 53, 1, 254 ; Crim. cass.,

Il résulte de cette définition :

1° Que la remise de la chose est une condition indispensable à l'existence du dépôt, comme tel [2].

2° Que la garde de la chose doit être la fin principale du dépôt [3]. Cependant l'autorisation donnée au dépositaire de se servir de la chose déposée ne ferait point, en général, dégénérer le dépôt en prêt [4].

Si la gratuité est indiquée par l'art. 1917 comme essentielle au dépôt proprement dit, il résulte cependant de l'art. 1928 que la simple stipulation d'un salaire en faveur du dépositaire, ne transforme pas nécessaire-

28 juin 1860, Sir., 60, 1, 918 ; Crim. rej., 15 juillet 1865, Sir., 66, 1, 183 ; Crim. cass., 21 avril 1866, Sir., 67, 1, 91 ; Crim. rej., 29 novembre 1866, Sir., 67, 1, 188. [Cass., 15 juillet 1878, Sir., 79, 1, 299. — D'ailleurs, indépendamment des différences qui séparent le dépôt proprement dit des autres *negotia* que visent les arrêts précités, il y a encore lieu de distinguer le dépôt, contrat indépendant, de la convention de dépôt qui accompagnerait, à titre de clause accessoire, une opération principale ayant un autre objet, par exemple un contrat de bail (voy. sur cette hypothèse, en sens contraire des prétentions du locataire : Cass., 12 nov. 1902, Sir., 06, 1, 135. Cpr. cep. pour une hypothèse voisine : Cass., 6 nov. 07, Sir., 1910, 1, 431). ou un contrat de louage d'ouvrage (Trib. de paix de Marseille, 26 février 1908, Sir., 10, 2, 155), ou une convention d'indivision (Paris, 3 mars 1896, Sir., 99, 2, 31. Voy. § 621, note 2 *ter*.) Voy. encore, pour une autre hypothèse, dans un ordre d'idées différent. Crim. rej., 14 avril 1904, Sir., 07, 1, 252.]

[2] Cpr. § 340, note 6.

[3] Lorsqu'une chose est confiée à une personne, non point avec la simple charge de la garder et de la restituer, mais avec la mission d'en faire, dans l'intérêt du propriétaire, un emploi convenu, le contrat constitue un mandat, ou un louage de services, plutôt qu'un dépôt. Pothier, n° 9. Duranton, XVIII, 12 et suiv. Crim. cass., 20 mai 1814, Sir., 14, 1, 149. Crim. rej., 10 février 1832, Dalloz, 1833, 1, 186. Cpr. cep. Civ. cass. 18 novembre 1834, Dalloz, 1835, 1, 10.

[4] Lorsque le dépôt a pour objet des choses qui se consomment par le premier usage, l'autorisation de s'en servir en met les risques et périls à la charge du dépositaire. Mais, dans ce cas même, le contrat, qu'on appelle ordinairement dépôt irrégulier, ne dégénère pas absolument en prêt de consommation ; il conserve sa nature propre, notamment en ce qui concerne l'obligation du dépositaire de restituer la chose à première réquisition. Pothier, n°s 82 et 83. Pont, I, 445. Cpr. Crim. cass., 26 avril 1810, Sir., 11, 1, 65. Voy. en sens contraire : Duranton, XVIII, 44 ; Zachariæ, § 403, texte et note 3. Cpr. aussi Bordeaux, 6 février 1840, Sir., 40, 2, 267.

ment le dépôt en un contrat, parfaitement synallagmatique, de louage de services[5]. [En sens inverse, la réception par le mandataire d'objets ou de fonds pour le compte de son mandant ne suffit pas, en dehors de toute autre circonstance, pour transformer le contrat de mandat en un contrat de dépôt[5] *bis*].

Le dépôt est volontaire ou nécessaire. Art. 1920. Il est nécessaire, lorsque le déposant a été forcé de le faire par une nécessité pressante, et pour soustraire la chose qui en forme l'objet à une ruine imminente. Art. 1949. Il est volontaire, lorsqu'il a eu lieu dans toute autre circonstance, quels que soient les embarras ou les difficultés qui aient porté le déposant à le faire[6]. La loi assimile cependant, sous certains rapports, au dépôt nécessaire, celui des effets que les voyageurs apportent dans les auberges et hôtelleries où ils descendent. Art. 1952.

(1). *Du dépôt volontaire.*

§ 402.

Des conditions de la validité de ce contrat.

La validité du contrat de dépôt exige de la part du dépositaire et du déposant, la capacité de contracter. Art. 1925, al. 1. Néanmoins, l'incapacité de l'une des parties n'empêche pas que l'autre ne soit soumise à toutes les obligations naissant du dépôt. Art. 1125, al. 2. Art. 1925, al. 2.

Une personne incapable qui a accepté un dépôt peut, lorsqu'elle est actionnée en dommages-intérêts, pour n'avoir pas apporté les soins convenables à la conservation de la chose déposée, repousser l'action dirigée

[5] Cpr. § 341, texte et note 3. Pont, I, 376 à 379. Voy. cep. Duvergier, nos 408 et 409 ; Troplong, nos 12 à 15 ; Taulier, VI, p. 459.

[5 *bis*. Cass., 26 juin 1905, Sir., 05, 1, 433, et la note de M. Lyon-Caen, *in fine*.]

[6] Crim. rej., 12 août 1848, Sir., 49, 1, 298.

contre elle, en faisant prononcer l'annulation ou la rescision du contrat [1]. Mais elle n'est admise à invoquer son incapacité, ni pour se soustraire à l'action en restitution de la chose déposée [2], dans le cas où cette chose se trouve encore entre ses mains, ni pour s'affranchir de l'action *de in rem verso*, tendant au remboursement de ce qui a tourné à son profit, par suite de l'aliénation qu'elle en a faite. Art. 1926. Le dépositaire incapable serait même passible de dommages-intérêts, si, étant doué de discernement, il avait frauduleusement détourné la chose déposée [3].

Une personne incapable qui a fait un dépôt peut, en faisant annuler ou rescinder le contrat, se soustraire aux obligations dont elle eût été tenue, si le dépôt avait été valable. Mais elle restera toujours soumise à l'action *negotiorum gestorum*, si, par suite du dépôt, le dépositaire a utilement géré son affaire.

Le dépôt ne peut être régulièrement fait que par le propriétaire, en ce sens que ce dernier n'est pas lié par un dépôt effectué sans son consentement, exprès ou tacite [4]. Art. 1922. Mais le dépôt fait par le simple posses-

[1] Il en serait ainsi, encore que le déposant fût lui-même incapable. Cpr. § 335; texte et note 17. L'art. 1926 est, sous ce rapport, rédigé d'une manière vicieuse. Merlin, *Rép.*, v° Revendication, § 5. Zachariæ, § 402, note 1re.

[2] L'art. 1926 qualifie cette action d'action en revendication ; mais cette qualification est inexacte. Cpr. § 219, texte n° 1, et note 2.

[3] Art. 1310 cbn. Code pénal, art. 408, 66 et 67. Duranton, XVIII, 35. Zachariæ, § 402, note 1re, *in fine*. L'action en dommages-intérêts, qui dans ce cas appartiendrait au déposant, prendrait sa source, non plus dans le contrat de dépôt, mais dans le délit de violation de dépôt. Aussi se prescrirait-elle par trois ans. Code d'instruction criminelle, art. 2, al. 3, cbn. 638. Cpr. § 445.

[4] Ainsi, une personne qui a reçu en dépôt une chose qu'elle savait ne pas appartenir au déposant, ne peut exercer contre le propriétaire l'action *depositi contraria*. Elle ne peut même retenir la chose déposée jusqu'au paiement des déboursés qu'elle a faits, à moins qu'elle n'ait, par le fait même du dépôt, utilement géré l'affaire du propriétaire, auquel cas elle a contre ce dernier l'action *negotiorum gestorum*. Telle est, à notre avis, la seule explication plausible de l'art. 1922. Voy. la note suivante. Troplong, n° 39. Pont, I, 400. Cpr. cep. Duranton, XVIII, 27.

seur n'en est pas moins valable contre le déposant et le dépositaire[5].

La validité du contrat de dépôt n'est assujettie à l'observation d'aucune formalité particulière.

Cependant [ce contrat] ne peut, [comme tel[5] *bis*], de même que les conventions en général, être prouvé par témoins, lorsque la valeur de la chose déposée excède cent cinquante francs. Art. 1923. Si la preuve d'un pareil dépôt n'est pas rapportée par écrit, celui qui est attaqué comme dépositaire en est cru sur sa déclaration [[5] *ter*], soit pour le fait même du dépôt, soit pour l'identité et l'état de la chose qui en faisait l'objet[6], soit pour le fait de la restitution. Art. 1924[7].

Du reste, les dispositions des art. 1923 et 1924 ne s'opposent point à la preuve testimoniale d'un dépôt, même au-dessus de cent cinquante francs, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit[8], [ou que le déposant a été mis frauduleusement par le dépositaire dans l'impossibilité de se procurer le titre écrit constatant le dépôt[8] *bis*], et bien moins encore à la délation d'un serment sur la sincérité des déclarations faites par le défendeur[9].

[5] Cela est tellement vrai, que le dépositaire ne peut, en général, refuser au déposant, la restitution de la chose déposée, même en prouvant que celui-ci n'en est pas propriétaire. Cpr. art. 1938.

[[5] *bis*. Cpr. Nîmes, 13 août 1877, Sir., 78, 2, 140 (hypothèse où l'état de démence du prétendu déposant, comme du prétendu dépositaire, exclut la formation du contrat de dépôt, et ne laisse subsister, en conséquence de la remise de la chose prétendument déposée, qu'une obligation *quasi ex contractu* de restitution, de nature à être établie par tous moyens).]

[[5] *ter*. Tout en réservant l'hypothèse où le prétendu dépositaire refuserait de répondre dans l'interrogatoire sur faits et articles auquel il est soumis, en invoquant le secret professionnel. Le refus de répondre pourrait être considéré, en pareil cas, comme équivalent à l'aveu du dépôt. Riom, 21 mars 1902, Sir., 05, 2, 36.]

[6] Zachariæ, § 402, note 6. Crim. cass., 21 mars 1811, Sir., 11, 2, 192.

[7] Cpr. Paris, 20 février 1852, Sir., 52, 2, 124.

[8] Duranton, XVIII, 29, Pont, I, 402. Zachariæ, § 402, texte et note 4. Req. rej., 3 décembre 1818, Sir., 19, 1, 160. [Cpr. en ce sens, au point de vue pénal, Cass., 3 juin 1892, Sir., 92, 1, 431.]

[[8] *bis*. Crim. cass., 14 juin 1906, Sir., 06, 1, 293.]

[9] Art. 1358. En vain dirait-on que la délation de serment serait inad-

D'un autre côté, la disposition de l'art. 1924 est complètement étrangère aux contestations qui, à l'occasion d'un dépôt, peuvent s'élever, soit entre plusieurs déposants, soit entre le déposant ou le dépositaire et un tiers [10], (créancier, par exemple, du dépositaire [10 bis]).

§ 403.

Des obligations du dépositaire.

1° Le dépositaire est tenu de donner à la garde de la chose déposée, les soins qu'il a coutume d'apporter à la garde de celles qui lui appartiennent [1] [et [1 bis]]. Art. 1927. Sa responsabilité doit, toutefois, être appréciée avec plus de rigueur dans les hypothèses prévues par l'art. 1928.

L'art. 1882 n'est point, en principe, applicable en matière de dépôt [2].

Le dépositaire ne répond des événements de force majeure, qu'autant qu'il s'en est expressément chargé, qu'ils ont été précédés de quelque faute dont il soit responsable, ou qu'ils sont arrivés après qu'il a été mis en demeure de restituer la chose déposée. Art. 1929.

missible, comme portant sur un délit : la seule dénégation d'un dépôt, dans le but de se soustraire à l'obligation de restituer la chose déposée ou d'en rembourser la valeur, ne constitue pas le délit de violation de dépôt. Cpr. Code pénal, art. 408. Troplong, nos 46 et 48. Pont, I, 411. Zachariæ, § 402, note 5. Aix, 28 février 1832, Sir., 33, 2, 517.

[10] Pont, I, 408. Zachariæ, § 402, note 7. Poitiers, 22 janvier 1811, Sir., 11, 2, 153. Bordeaux, 27 janvier 1816, Sir., 16, 2, 59. Paris, 10 février 1831, Sir., 31, 2, 223. Montpellier, 7 janvier 1841, et Nîmes, 12 décembre 1850, Sir., 51, 2, 141 et 142.

[10 *bis*. Cass., 15 juillet 1878, Sir., 79, 1, 299.]

[1] Cpr. § 308, texte n° 2, et note 30; Pont, I, 426. [Cpr. comme application, en matière de dépôt de titres non libérés : Paris, 27 février 1894, Sir., 94, 2, 270.]

[1 *bis*. Cela ne comprend pas l'obligation d'assurer contre l'incendie les objets déposés. Lyon, 15 mai 1895 (motifs), sous Cass., Sir., 97, 1, 282. Cpr. pour une hypothèse plus complexe, Orléans, 26 octobre 1889, Sir., 91, 2, 126.]

[2] Delvincourt, sur l'art. 1927. Zachariæ, § 403, note 1re. Voy. cependant : Pothier, n° 29 ; Duranton, XVIII, 38 ; Pont, I, 427.

Le dépositaire ne peut user de cette chose, à moins d'une autorisation, expresse ou présumée, du déposant. Art. 1930. Il ne doit pas chercher à connaître en quoi consistent les choses déposées, lorsqu'elles lui ont été remises dans un coffre fermé, ou sous une enveloppe cachetée. Art. 1931. Si, contrairement à cette prohibition, il s'était permis d'ouvrir le coffre ou de briser le cachet de l'enveloppe, il deviendrait, le cas échéant, passible de dommages-intérêts, et ne pourrait plus invoquer la disposition de l'art. 1924, en ce qui concerne l'identité et l'état de la chose déposée [3].

2° Le dépositaire doit restituer la chose déposée dans son individualité [3 *bis*], à moins qu'ayant été autorisé à s'en servir, il n'ait pu le faire sans la consommer [4]. Art. 1932 cbn. 1930.

L'héritier du dépositaire, qui aurait, dans l'ignorance du dépôt, vendu la chose déposée, ne serait tenu que de rendre le prix qu'il en a reçu, ou de céder son action en paiement contre l'acheteur. Art. 1935. S'il l'avait consommée, il en devrait la valeur au moment de la consommation [5] ; et s'il en avait disposé à titre gratuit, il en devrait également la valeur au moment de la disposition, à moins que l'action en nullité de la donation, comme portant sur la chose d'autrui, se trouvant encore ouverte contre le donataire, il n'offrît au déposant de la lui céder [6].

[3] Pothier, n°s 38 et 39. Maleville, sur l'art. 1931. Pont, I, 450. Zachariæ, § 403, note 4.

[3 *bis*. Voy. comme application extrême, et, semble-t-il, critiquable, de cette formule, en matière de dépôt de titres nominatifs, Civ. rej., 27 nov. 1900, Sir., 01, 1, 113 (note critique de M. Lyon-Caen).]

[4] Cpr. § 401, texte et note 4.

[5] Duranton, XVIII, 48. Pont, I, 484.

[6] Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 403, note 7. Cpr. aussi : Pont, *loc. cit.* Le premier de ces auteurs refuse, en pareil cas, tout recours au déposant contre l'héritier du dépositaire, et invoque à l'appui de son opinion la loi 1, § ult. *D. depos.* (16, 3). Mais cette loi, qui ne s'occupe que du cas de vente, est étrangère à la question ; et il est d'autant moins permis de l'étendre aujourd'hui au cas de donation, que le déposant ne jouit plus, comme en Droit romain, de l'action en revendication contre le tiers possesseur. Quant à M. Pont, il n'admet contre l'héritier du dépo-

Le dépositaire n'est tenu de rendre la chose déposée que dans l'état où elle se trouve, sans répondre des détériorations qu'elle peut avoir subies indépendamment de sa faute. Art. 1933. Mais il doit la restituer avec les accessions qu'elle a reçues et les fruits qu'il en a perçus.

Le dépositaire qui ne restitue pas la chose déposée à première réquisition, devient, après mise en demeure, passible de dommages-intérêts [6 *bis*], à moins qu'il n'ait eu des raisons plausibles [6 *ter*] pour en refuser la restitution immédiate[7]. Lorsque la chose déposée consiste en une somme d'argent, une simple sommation de restituer le dépôt suffit, sans demande judiciaire, pour le constituer en demeure et le soumettre au paiement des intérêts de cette somme[8]. Il devrait même ces

sitaire l'action en restitution de la valeur de la chose par lui donnée, qu'autant que la donation aurait indirectement tourné à son profit, comme dans le cas, par exemple, de constitution de dots en faveur de ses enfants. Mais si une pareille solution peut être admise, quand il s'agit d'une action réelle en délaissement d'une universalité juridique, dirigée contre un envoyé en possession définitif, ou contre un héritier apparent, elle ne saurait être étendue à l'hypothèse qui nous occupe. L'obligation personnelle de restitution qui pesait sur le dépositaire ayant passé à son héritier, celui-ci n'a pu s'en affranchir en disposant de la chose déposée. Tout ce qu'on peut admettre en sa faveur, c'est la faculté de se rédimer de cette obligation en offrant de céder l'action en nullité qui lui compéterait contre le donataire.

[6 *bis*. Voy. spécialement, sur le calcul de ces dommages-intérêts dans une hypothèse où le dépositaire alléguait la perte par le fait du prince de la chose déposée : Req., 17 février 1879, Sir., 80, 1, 449. Un arrêt de la cour d'Aix, du 1er déc. 1870, Sir., 72, 2, 109, nous paraît avoir donné, sous ce point de vue, en matière de restitution de dépôt, une solution erronée.]

[6 *ter*. Cpr. sur ce point l'arrêt de la Cour de Cassation du 5 juillet 1899, cité à la note 7 *infrà*.]

7 Pont, I, 493 et suiv. Req. rej., 30 juillet 1855, Sir., 56, 1, 155. Civ. rej., 11 juillet 1860, Sir., 60, 1, 971. [Cass., 2 mars 1896, Sir., 1900, 1, 117. Cass., 5 juillet 1899, Sir., *ibid.*]

8 Art. 1139. *Nec* [*obstaba*] art. 1153, al. 3 [ancien]. Cette proposition ne peut souffrir aucune difficulté, lorsque le dépositaire n'a pas été autorisé à se servir du numéraire qui lui a été confié, parce que l'obligation de restitution a dans ce cas pour objet un corps certain. Duranton, XVIII, 51. Zachariæ, § 403, note 8. Si le dépositaire avait reçu une pareille autori-

intérêts indépendamment de toute sommation, s'il avait disposé de la somme déposée sans la permission, expresse ou présumée, du déposant[9]. Art. 1936.

Le dépôt ne peut, en général, être restitué qu'au déposant ou à ses héritiers [[9] *bis*]. Cependant, lorsqu'il a été fait au nom ou pour le compte d'un tiers[10], c'est à ce tiers ou à ses héritiers qu'il doit être rendu [[10] *bis*, à moins cependant que ce tiers ne consente, même par erreur, à la restitution du dépôt au déposant[10] *ter*]. D'un autre côté, si le déposant avait indiqué une tierce personne pour recevoir le dépôt, la restitution qui en aurait été faite à celle-ci libérerait le dépositaire[11], à moins que l'indication de cette personne n'eût été valablement révoquée par le déposant[12], ou que ce dernier ne fût décédé avant l'exécution du mandat confié au déposi-

sation, son obligation n'aurait, à la vérité, pour objet que le paiement d'une somme d'argent ; mais nous pensons que, même dans ce cas, l'art. 1153, al. 3, serait inapplicable, parce que l'art. 1936 est conçu en termes généraux, et que l'art. 1944 impose au dépositaire l'obligation de restituer le dépôt aussitôt qu'il en est requis. Pont, I, 467.

[9] Arg. art. 1930 cbn. 1846, al. 2, et 1996. L. 4, C. *depos.* (4, 34). Duranton, XVIII, 53. Zachariæ, § 403, texte et note 9.

[[9] *bis*. A tous ses héritiers. Cpr. Dijon, 6 avril 1903, sous Cass., 24 juin 1905, Sir., 08, 1, 73.]

[10] Req. rej., 26 août 1813, Sir., 15, 1, 145. [Grenoble, 19 déc. 1871, Sir., 1872, 2, 107. Cpr. Cass., 15 juillet 1865, Sir., 66, 1, 183.]

[[10] *bis*. Civ. cass., 1er avril 1896, Sir., 1900, 1, 508. — Cette règle s'applique notamment à l'hypothèse du dépôt par un notaire au nom de son client, des sommes versées à la Caisse des Dépôts et Consignations, conformément aux décrets sur la comptabilité notariale, des 30 janvier et 2 février 1890. Ces sommes, quoique réunies dans un compte courant unique ouvert à ladite caisse au nom du notaire, sont individualisées, dans l'intérêt de ses clients, au nom de chacun d'eux, pourvu, bien entendu, que les formalités prescrites pour le dépôt, par les décrets susvisés, aient été remplies. Bordeaux, 24 déc. 1902, Sir., 05, 2, 191. Civ. rej., 23 février 1909, Sir., 09, 1, 257. Dalloz, 1909, 1, 421 (note critique de M. Planiol, mais sur le fondement juridique de la solution de l'arrêt seulement : cpr. *Traité de droit civil*, II², n° 2214, note).]

[[10] *ter*. Req. 15 février 1870, Sir., 71, 1, 197. L'erreur ne porte pas ici sur la substance de la chose. Cpr. § 343 *bis*, texte et note 6 et 7.]

[11] Cpr. Req. rej., 13 mars 1861, Sir., 61, 1, 442; Angers, 15 juin 1862, Sir., 62, 2, 87.

[12] Cpr. Req., rej., 26 août 1813, Sir., 15, 1, 145.

taire [13]. Dans ces deux derniers cas, la restitution du dépôt ne pourrait être faite qu'au déposant lui-même ou à ses héritiers. Art. 1937 et 1939, al. 1.

La restitution à faire aux héritiers du déposant, ou de celui pour le compte duquel le dépôt a été fait, doit avoir lieu conformément aux règles tracées par les al. 2 et 3 de l'art. 1939 [14].

Si le déposant avait perdu l'administration de ses biens, la restitution devrait être faite à la personne à laquelle cette administration aurait passé. Art. 1940. Réciproquement, si le dépôt avait été fait par un administrateur dont les pouvoirs eussent cessé, la restitution devrait être faite à la personne qu'il représentait, ou au nouvel administrateur. Art. 1941.

Le dépositaire ne peut pas exiger du déposant, qui

[13] En droit romain, le mandat donné au dépositaire de remettre le dépôt à un tiers après le décès du déposant, était valable. Cette solution, conforme au principe d'après lequel le mandat ne finit point par la mort du mandant, lorsqu'il a été donné pour un acte qui ne doit être fait qu'après son décès, et qui avait été adoptée par notre ancienne jurisprudence, a été rejetée par les rédacteurs du Code, pour empêcher qu'à l'aide de pareils dépôts on ne violât les règles relatives aux dispositions à titre gratuit. Cpr. L. 26, *præ.*, D. *depos.* (16, 3), *Discours* du tribun Favard (Locré, *Lég.*, XV, p. 136, n° 10). Troplong, n°s 146 et suiv. Duvergier, n° 483. Zachariæ, § 403, note 11. Civ. rej., 22 novembre 1819, Sir., 20, 1, 49. Paris, 1er mars 1826, Sir., 26, 2, 297. Bordeaux, 5 février 1827, Sir., 27, 2, 114. Caen, 12 mars 1827, Sir., 28, 2, 37. Montpellier, 6 mars 1828, Sir., 29, 2, 18. Douai, 31 décembre 1834, Sir., 35, 2, 215. Civ. rej., 16 août 1842, Sir., 42, 1, 850. Civ. cass., 29 avril 1846, Sir., 46, 1, 689. Paris, 14 mai 1853, Sir., 53, 2, 507. Bordeaux, 8 août 1853, Sir., 53, 2, 641. Montpellier, 25 février 1862, Sir., 62, 2, 209. [Cass., 16 avril 1902, Sir., 02, 1, 312.] Voy. en sens contraire : Pont, I, 481. Cpr. aussi : Civ. rej., 12 décembre 1815, Sir., 16, 1, 322 ; Limoges, 9 juillet 1821, Sir., 23, 2, 113 ; Req. rej., 2 avril 1823, Sir., 23, 1, 238 ; Lyon, 25 février 1835, Sir., 35, 2, 424 ; Amiens, 16 novembre 1852, Sir., 54, 2, 60.

[14] L'art. 1939, al. 3, emploie le mot *indivisible*, dans une acception différente de celle que lui attribue l'art. 1217, pour désigner une chose qui n'est pas susceptible d'être divisée matériellement, quoiqu'elle puisse l'être intellectuellement. Pont, I, 484. Zachariæ, § 403, note 10. — Les règles tracées dans les al. 2 et 3 de l'art. 1939 s'appliquent, par identité de raison, au cas où le dépôt a été fait par plusieurs personnes, ou pour le compte de plusieurs personnes. Delvincourt, sur l'art. 1939. Duranton, XVIII, 61. Zachariæ, *loc. cit.*

réclame la restitution de la chose déposée, la preuve qu'il en est propriétaire. Art. 1938, al. 1. La loi trace cependant des règles spéciales pour le cas où le dépositaire viendrait à découvrir que la chose déposée a été volée, et quel en est le véritable propriétaire. Art. 1938, al. 2. Ces règles ne s'appliquent pas au cas où une chose perdue aurait été déposée par celui qui l'a trouvée[15]. Du reste, la prudence exige que le dépositaire ne restitue au propriétaire la chose qu'il suppose avoir été volée, qu'en présence du déposant.

Le dépositaire doit restituer la chose déposée au lieu même du dépôt, à moins que la convention n'ait désigné un autre lieu à cet effet. Dans ce cas, il doit faire transporter la chose au lieu désigné pour la restitution ; mais les frais de transport sont à la charge du déposant. Art. 1942 et 1943.

Lors même que la convention a fixé un délai pour la restitution de la chose déposée, le dépositaire est tenu de la rendre à la première réquisition du déposant, ou de celui à qui la restitution doit en être faite, à moins cependant qu'un tiers créancier ne l'ait frappée de saisie-arrêt, ou que tout autre prétendant droit n'ait formé opposition à son déplacement[16]. Art. 1944.

Le dépositaire, condamné pour avoir frauduleusement détourné ou dissipé la chose déposée, est passible de contrainte par corps pour le paiement des dommages-intérêts dus au déposant[17], et n'est point admis au bénéfice de cession de biens. Art. 1945.

[15] *Nec obstat* art. 2279. Comme les règles indiquées au texte dérogent au principe général posé par l'art. 1937, elles doivent être restreintes au cas pour lequel elles sont textuellement établies. D'ailleurs, les considérations d'ordre public sur lesquelles elles sont fondées, ne se présentent pas pour le dépôt de choses perdues, comme pour celui de choses volées. Cpr. L. 1, § 39, et L. 31, § 1, D. *depos.* (16, 3). Troplong, n° 144. Pont, I, 490. Zachariæ, § 403, note 12. Voy. cep. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 433 ; Duranton, XVIII, 58.

[16] L'opposition, que la loi distingue de la saisie-arrêt, n'est pas soumise aux formalités exigées pour cette dernière. Pont, I, 496. Bordeaux, 28 février 1849, Sir., 49, 2, 400. Voy. en sens contraire : Troplong, n° 176.

[17] Code pénal, art. 52 cbn. 408. Loi du 22 juillet 1867, art. 2, 3 et 5.

Le dépositaire est libéré de l'obligation de restituer la chose déposée, lorsqu'elle a péri ou qu'elle lui a été enlevée sans sa faute [17 *bis*]. Art. 1302. Toutefois, il devrait, dans ce cas, rendre ce qui lui en resterait, ainsi que l'indemnité qu'il pourrait avoir reçue. Art. 1934.

Conformément à la règle générale posée par le troisième alinéa de l'art. 1302, le dépositaire ne peut se décharger de la responsabilité qui pèse sur lui au cas d'incendie du bâtiment où se trouvait la chose déposée, qu'en justifiant que cet incendie a eu lieu sans sa faute [18].

Le dépositaire peut, quand bon lui semble, se démettre du dépôt, en restituant la chose déposée [19], à moins qu'il ne se soit expressément ou tacitement obligé à la garder pendant un certain temps. Cette obligation résulte virtuellement de l'indication d'un terme pour la restitution du dépôt [20]. [Il peut, d'ailleurs, être convenu entre les parties que le dépôt prendra fin par le décès du déposant, et que, lorsque cet événement se produira, le dépositaire provoquera le retrait ou la consignation judiciaire [20 *bis*].

Du reste, le dépositaire est déchargé de toutes les obligations naissant du dépôt, lorsqu'il prouve qu'il est lui-même propriétaire de la chose déposée, et que le déposant n'a sur cette chose aucun droit de jouissance ou de détention. Art. 1946.

[Les règles qui précèdent constituent les règles de droit commun applicables à tout dépositaire, et, par conséquent, en principe, à la Caisse des dépôts et consignations, lors au moins qu'elle a reçu des objets ou

[17 *bis*. Tel n'est pas le cas du dépositaire qui confie, sans nécessité ni consentement du déposant, la chose déposée à un tiers infidèle. Cass., 9 nov. 1874, Sir., 75, 1, 272.]

18 Troplong, n° 95. Lyon, 27 novembre 1863, Sir., 64, 2, 227. [Cass., 8 août 1872, Sir., 74, 2, 146.]

19 Arg. *a contrario*, art. 1960. En cas de refus de la part du déposant de recevoir la restitution du dépôt, le dépositaire est autorisé à en faire la consignation. Cpr. art. 1264 ; § 322, texte n°s 2 et 3.

20 Cpr. Locré, *Lég.*, XV, p. 137, à la note.

[20 *bis*, Paris, 8 mars 1872, Sir., 72, 2, 6.]

valeurs en cette qualité [20] *ter*, qui est tenue, en outre, des obligations spéciales déterminées par l'art. 15 de l'ordonnance du 3 juillet 1816 [20] *quater* et par les textes postérieurs qui la régissent. D'autre part, les caisses d'épargne privées, qui ne constituent pas des établissements publics [20] *quinquies*, sont tenues des obligations du dépositaire, telles qu'elles viennent d'être exposées, lors au moins que les fonds qui ont été remis à leurs agents l'ont été dans les conditions déterminées par les règlements spéciaux à ces sortes d'établissements [20] *sexies*.]

§ 404.

Des obligations du déposant.

Le déposant est tenu de rembourser au dépositaire les impenses nécessaires, c'est-à-dire les frais qu'il a faits pour la conservation de la chose déposée [1], et de l'indemniser des pertes que la détention et la garde [2] de cette chose peuvent lui avoir occasionnées. Art. 1947.

Le dépositaire a le droit de retenir la chose déposée jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû à raison du dépôt. Art. 1948. Il pourrait même, si, sur l'offre de restituer le dépôt, le déposant refusait de lui rembourser

[20 *ter*. Cpr. Civ. rej., 24 février 1903, Sir., 03, 1, 337.]

[20 *quater*. Civ. cass., 19 déc. 1875, Sir., 78, 1, 17.]

[20 *quinquies*. Civ. cass., 8 juillet 1856, Sir., 56, 1, 878. Cpr. § 264 *quater*, texte et note 4.]

[20 *sexies*, Cpr. Civ. cass., 28 nov. 1876, Sir., 77, 1, 218. Civ. rej., 21 décembre 1898, Sir., 02, 1, 67. Cpr., § 447, texte n° 2.]

[1] Le dépositaire ne peut répéter ses impenses voluptuaires, sauf à faire usage de la faculté que l'art. 599, al. 3, accorde à l'usufruitier. Quant aux impenses utiles, le dépositaire ne peut, à la vérité, en demander le remboursement par l'action *depositi contraria*. Mais il nous paraît qu'il pourrait, au moyen de l'action *de in rem verso*, réclamer du propriétaire une indemnité proportionnée à la mieux-value encore existante au moment de la restitution. Duranton, XVIII, 73. Pont, I, 508. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 434, note 1re.

[2] Ainsi, par exemple, le dépositaire aurait droit à un dédommagement si, pour sauver d'un incendie la chose déposée, il avait laissé périr les siennes propres. Pothier, n° 71.

ce qui lui est dû en sa qualité de dépositaire, se faire autoriser par justice à vendre aux enchères la chose déposée, et à retenir sur le prix le montant de sa créance [3].

Le droit de rétention dont jouit le dépositaire peut, comme tout droit de rétention en général, être opposé aux créanciers du déposant, et ce même en cas de faillite, ainsi qu'à l'acquéreur de la chose déposée [4].

Si le dépositaire s'était volontairement dessaisi de la chose déposée, il ne jouirait, en cette seule qualité, d'aucun privilège sur le prix de cette chose [5]. Mais s'il avait fait des frais pour sa conservation, il serait autorisé à invoquer, pour en obtenir le remboursement, le privilège établi par le n° 3 de l'art. 2102 [6].

(2). *Du dépôt nécessaire.*

§ 405.

Le dépôt nécessaire exige, de même que le dépôt volontaire, le consentement des parties [1].

Il est régi, en général, par les mêmes règles que le dépôt volontaire. Art. 1951.

Toutefois, la preuve du dépôt nécessaire peut, tant en ce qui concerne le fait même du dépôt, qu'en ce qui concerne la nature et la valeur des choses déposées, être

[3] Comme le dépositaire n'est pas tenu de garder indéfiniment le dépôt, et que, d'un autre côté, il ne saurait être contraint de s'en dessaisir avant parfaite satisfaction, le seul moyen de sortir de la difficulté à laquelle donne lieu une pareille situation, est celui que nous avons indiqué au texte. Cpr. Lyon, 26 août 1849, Sir., 49, 2, 557 ; Req. rej., 10 décembre 1850, Sir., 51, 1, 243.

[4] Pont, I, 511. Civ. rej., 8 décembre 1868, Sir., 69, 1, 272. Cpr. Lyon, 26 août 1849, Sir., 49, 2, 557 ; Req. rej., 10 décembre 1850, Sir., 51, 1, 240. — Voy. au surplus, pour le développement de la proposition énoncée au texte : § 256 *bis*, texte et notes 20 à 23.

[5] Duvergier, n° 506. Troplong, *Des privilèges et des hypothèques*, I, 257. Rauter, *Revue étrangère*, 1841, VIII, p. 777. Pont, I, 512.

[6] Pont, *loc. cit.*

[1] Il ne faut pas conclure, par arg. *a contrario*, de l'art. 1921, que le dépôt nécessaire se forme indépendamment du consentement des parties. Pont, I, 515.

faite par témoins, lors même que cette valeur dépasserait cent cinquante francs. Art. 1950 et 1348, nº 2. [Cette preuve obéit d'ailleurs, à tous autres égards, aux règles de droit commun de la preuve, notamment à celle de l'indivisibilité de l'aveu [1] *bis.*]

(3). *Des dépôts faits dans les hôtelleries.*

§ 406.

Les aubergistes ou hôteliers, et, en général, tous ceux dont la profession consiste à loger des voyageurs [1], sont responsables, comme dépositaires, des effets apportés par les personnes qu'ils reçoivent chez eux [2]. Art. 1952.

Mais on ne doit pas ranger parmi les personnes auxquelles s'appliquent les dispositions des art. 1952 et suiv., les cafetiers, les restaurateurs ou maîtres de pension [3], ni même les baigneurs publics [4] [ou les pro-

[1 *bis.* Cass., 19 février 1878, Sir., 78, 1, 212.]

[1] Ainsi, par exemple, on doit assimiler aux hôteliers proprement dits, les personnes qui louent habituellement des chambres garnies à des voyageurs. Zachariæ, § 406, texte et note 1re. Cpr. Sections réunies, Cass., 27 juin 1811, Sir., 11, 1, 300 ; Nîmes, 18 mai 1825, Sir., 25, 2, 301. — Les art. 1952 et suiv. ne sont d'ailleurs pas applicables au cas où des personnes viendraient habiter, en qualité de locataires, une auberge ou un hôtel garni de la ville où elles ont leur résidence. Zachariæ, § 406, note 3. [Lyon 12 juillet 1904, Sir., 04, 2, 305 (note Perreau). Trib. de Lyon, 24 mai 1899, *ibid.* en note.]

[2] Le dépôt fait par un voyageur, ou un voiturier, dans une auberge où il ne loge pas, d'un ballot qui doit être remis à un tiers, ne constitue pas un dépôt nécessaire dans le sens de l'art. 1952. Req. rej., 10 janvier 1832, Sir., 32, 1, 92. — Lorsqu'en partant, un voyageur laisse à l'aubergiste, qui consent à les garder, une partie de ses effets, qu'il avait apportés dans l'hôtellerie, le dépôt nécessaire, qui, dans le principe, s'était formé par l'apport des effets, se convertit en dépôt volontaire. Zachariæ, § 406, note 3.

[3] Ce premier point est généralement admis. Duranton, XVIII, 78. Duvergier, nº 521. Troplong, nº 228. Pont, I, 526. Zachariæ, § 406, note 1re. *in fine.* [Trib. de Lyon, 11 mai 1900, Sir., 04, 2, 21. Trib. Lyon, 10 août 1903, Sir., 05, 2, 118.]

[4] Duvergier, nº 522 [Cass., 10 nov. 1875, Sir., 76, 2, 49 (note Ortlieb). Seine, 22 juin 1870, *ibid.*, en note.] Voy. en sens contraire : Merlin, *Quest.*,

priétaires de bateaux-lavoirs[4] *bis*, à plus forte raison les directeurs de théâtre[4] *ter* vis-à-vis du public[4] *quater*, le tout, même à supposer que le dépôt fait dans les mains desdites personnes par leur client soit représenté par un jeton remis à celui-ci[4] *quinquies*. Les wagons-lits ne sauraient pas davantage être assimilés à une auberge ou hôtellerie[4] *sexies*].

Ce dépôt se forme par le seul apport des effets dans l'hôtellerie, et sans qu'il soit nécessaire que le voyageur ait déclaré à l'aubergiste qu'il les confiait à sa garde[5]. L'aubergiste répond même des voitures et des marchandises qui ne sont pas entrées dans l'hôtellerie, lorsqu'elles ont été placées dans le lieu où il a l'habitude de les faire stationner[6].

v° Dépôt nécessaire ; Troplong, n° 229 ; Zachariæ, § 406, note 1re [Trib de Rouen, 21 mars 1883, Sir., 85, 2. 167.] Voy. aussi : Pont, I, 527. Cpr. Civ. rej., 4 juillet 1814, Sir., 21, 1, 268. Cet arrêt, rendu par application des art. 1383 et 1384, ne décide pas la question, et semble plutôt conforme que contraire à notre manière de voir.

[[1] *bis*. Cass., 26 janvier 1875, Sir., 75, 1, 256.]

[[1] *ter*. Paris, 23 avril 1902, Sir., 04, 2, 261. Voy. en sens contraire Seine, 5 janvier 1888, Sir., 88, 2, 45. La cour de Paris réserve d'ailleurs en pareil cas l'application de l'art. 1348. Voy. la note 6 *bis infra*.]

[[1] *quater*. Le tribunal de Marseille (26 février 1903, Sir., 05, 2, 251) considère qu'il y a dépôt nécessaire, par les artistes, des objets leur appartenant, dans la loge mise à leur disposition par l'administration du théâtre. Cpr. en sens contraire Planiol, II, n° 2225 *in fine*, et surtout la note de M. Planiol au Dalloz, 1905, 2, 185, sous le jugement précité du tribunal de Marseille.]

[[1] *quinquies*. Caen, 17 nov. 1875, Sir., 76, 2, 49. (solution généralisée, qui n'est donnée, dans cet arrêt, que pour les bains de mer). Voy. en sens contraire : Trib. de Rouen, 21 mars 1883, Sir., 85, 2, 167.]

[[1] *sexies*. Seine, 14 mai 1892, Sir., 92, 2, 156. Seine, 25 nov. 1892, Sir., 93, 2, 107. Cass., 3 février 1896, Sir., 96, 1, 165.]

[5] C'est ce qui résulte bien évidemment des termes mêmes de l'art. 1952. Le Code Napoléon s'est, sous ce rapport, écarté, avec raison, de la doctrine de Pothier (n° 79). Troplong, n° 218. Duvergier, n°s 519 et 520. Pont, I, 530. Civ. cass., 11 mai 1846, Sir., 46, 1, 364. Amiens, 4 décembre 1846, Sir., 47, 2, 237. Rouen, 4 février 1847, Sir., 48, 2, 452. [Paris, 14 déc. 1881, Sir., 82, 2, 219.]

[6] Duvergier, n° 515. Troplong, n° 207. Duranton, XVIII, 83. Pont, I, 532. Zachariæ, § 406, note 4, *in fine*. Paris, 13 septembre 1808, Sir., 09, 2, 20. Paris, 14 mai 1839, Sir., 39, 2, 264. Amiens, 1er décembre 1846, Sir., 47, 2, 238.

Le dépôt dont il s'agit ici est assimilé au dépôt nécessaire. Il est, par conséquent, susceptible d'être prouvé par témoins, quelle que soit la valeur des effets déposés. [Art. 1348[6] *bis*].

L'hôtelier répond, non seulement des dommages que lui ou ses domestiques ont personnellement occasionnés, mais encore de ceux qui ont été causés, soit par des personnes logées dans l'hôtellerie, soit même par des étrangers qui s'y seraient furtivement introduits[7].

Sa responsabilité s'étend à toute espèce de dommages, et notamment à ceux provenant d'un vol, ou d'un incendie qui a éclaté chez lui[8]. Art. 1952 et 1953. Il n'est cependant pas responsable des vols faits et des dommages

[6 *bis*. En ajoutant au texte de MM. Aubry et Rau ce renvoi à la disposition de droit commun de l'art. 1348, comme ils le font eux-mêmes au § 405 *in fine*, pour le dépôt nécessaire, j'ai eu pour but de justifier la doctrine, selon moi très exacte, de la Cour de Paris, dans son arrêt du 23 avril 1902, cité à la note 4 *ter supra*, aux termes duquel, bien que le dépôt au vestiaire d'un théâtre des vêtements ou autres objets appartenant à un spectateur ne puisse être assimilé au dépôt nécessaire des art. 1952 et suiv., il n'en est pas moins permis audit déposant de faire par témoins la preuve de l'objet du dépôt, sur la seule représentation du numéro à lui délivré par l'agent du théâtre (l'ouvreuse). La disposition de droit commun de l'art. 1348 l'y autorise, même en considérant le dépôt comme un dépôt volontaire. L'intérêt du spectateur à considérer l'administration du théâtre comme tenue envers lui au sens et dans la mesure des art. 1952 et suiv. n'est pas un intérêt de preuve. C'est un intérêt de fond, si l'on peut ainsi parler, la responsabilité des personnes réellement soumises aux dispositions des art. 1952 et suiv. étant plus étendue que celle des dépositaires tenus d'un dépôt volontaire. Voy. texte et notes 7 et 8 *infra*. — Cpr. en ce sens la note de M. Planiol au Dalloz 1905, 2, 185, citée à la note 4 *quater supra*.]

[7] Maleville (sur l'art. 1954) soutient que les expressions de l'art. 1952 : *par des étrangers allant et venant dans l'hôtellerie*, ne s'appliquent qu'à des voyageurs reçus dans l'hôtellerie, et qu'ainsi l'aubergiste n'est pas responsable des vols commis par des personnes qui s'y seraient furtivement introduites. Mais la combinaison de l'art. 1952 avec l'art. 1954, et les motifs mêmes sur lesquels repose la première de ces dispositions, repoussent cette interprétation restrictive. Pont, I, 537. Zachariæ, § 406, texte et note 7. [Il y aurait lieu, toutefois, semble-t-il, de réserver le cas où lesdits étrangers se seraient introduits dans l'hôtel dans des circonstances de nature à déjouer la surveillance à laquelle l'hôtelier est tenu. Cpr. Paris, 14 déc. 1881, Sir., 82, 2, 219.]

[8] Pont, I, 538. Paris, 17 janvier 1850, Sir., 50, 2, 267.

causés avec force armée ou autre force majeure. Art. 1954. Les vols, même commis de nuit, avec escalade et effraction, ne sont pas, en raison de ces seules circonstances, à considérer comme des faits de force majeure [9].

Dès avant les lois du 18 avril 1889 et du 8 avril 1911, la responsabilité de l'hôtelier [n'était] pas tellement absolue qu'il fût, dans tous les cas, tenu d'indemniser le voyageur de toutes ses pertes, quelque grandes qu'elles [pussent] être. Lorsque le voyageur a, parmi ses effets, de l'argent, des billets de banque, des bijoux, ou d'autres objets précieux, la prudence veut [en principe] qu'il en avertisse l'hôtelier. S'il avait négligé de le faire, les tribunaux [pouvaient], en cas de perte de ses effets, ne lui allouer qu'une indemnité proportionnée à la valeur que l'hôtelier [avait] dû leur supposer, d'après le volume des malles où ils se trouvaient renfermés, et la nature des objets que le voyageur, eu égard à sa condition, au but de son voyage, et aux autres circonstances de la cause, [devait] être présumé avoir apportés avec lui [10]. Ce tempérament, toutefois, [n'était] plus admissible, lorsqu'il [était] justifié que le dommage [avait] été causé par des domestiques ou préposés de l'hôtelier [11].

[Aux termes de la loi du 18 avril 1889 (art. 1953, 2e alinéa, nouveau), la responsabilité prévue par le premier alinéa de ce texte est légalement limitée à la somme de 1.000 fr., pour les espèces monnayées et les valeurs ou titres au porteur de toute nature, qui n'ont pas été réellement déposés par le voyageur [11] *bis* entre les mains de l'aubergiste ou hôtelier. La loi du 8 août 1911

[9] Troplong, n° 235. Cpr. en ce sens : les arrêts cités à la note 15 du § 373. Voy. en sens contraire : Pont, I, 540.

[10] *Observations du Tribunat* (Locré, *Lég.*, XV, p. 117, n° 4). Toullier, VI. 255. Troplong, n°s 219 à 226. Paris, 2 avril 1811, Sir., 14, 2, 100. Paris, 21 novembre 1836, Sir., 37, 2, 78. Rouen, 4 février 1847, Sir., 48, 2, 452. Cpr. Pont, I, 531 ; Zachariæ, § 406, note 4, et § 373, texte et note 8.

[11] Arg. art. 1384, al. 2. Civ. cass., 11 mai 1846, Sir., 46, 1, 364. Amiens, 4 décembre 1846, Sir., 47, 2, 237.

[11 *bis*. Ce dépôt réel n'en reste pas moins assimilé au dépôt nécessaire en ce sens que la preuve de ce dépôt réel peut être faite par tous moyens, par application de l'art. 1348.]

(art. 1953, 2e alinéa nouveau modifié) ajoute à ces deux catégories d'objets les titres nominatifs [11] *ter*, les bijoux et les objets précieux de toute nature assimilables à des bijoux [11] *quater*. Toutefois, cette limitation légale de la responsabilité de l'aubergiste ou hôtelier à la somme de 1.000 fr. lorsqu'il n'y a pas eu dépôt réel entre ses mains des objets susvisés, ne s'applique pas au cas où le dommage subi par le voyageur a été causé, soit par les domestiques et préposés de l'aubergiste ou hôtelier [11] *quinquies*, soit, plus généralement, par la faute de l'hôtelier [11] *sexies*.]

L'hôtelier ne peut, pour restreindre l'étendue et les effets de sa responsabilité, se prévaloir d'un avis affiché dans toutes les chambres de l'hôtellerie, indiquant les mesures de précaution à prendre par les voyageurs, et la valeur jusqu'à concurrence de laquelle il entend être responsable [12].

L'hôtelier doit, du reste, être déchargé de toute responsabilité, s'il prouve que la perte dont se plaint le voyageur provient d'une faute imputable à ce dernier [13].

A la différence du dépositaire, l'aubergiste jouit d'un privilège sur les effets des voyageurs pour les fournitures qu'il leur a faites [14].

[11 *ter*. La loi parle des titres, en général : cela vise, croyons-nous, les titres nominatifs eux-mêmes. Planiol, II, n° 2222, n'en parle pas.]

[11 *quater*. Les loi de 1889 et de 1911 ne s'appliquent cependant pas à des boîtes d'échantillons. Cass., 9 décembre 1901, Sir., 04, 1, 67.]

[11 *quinquies*. L'action du voyageur est alors fondée sur les art. 1382 et 1384. Bordeaux, 20 mai 1892, Sir., 93, 2, 51.]

[11 *sexies*. Aix, 11 mai 1908, Sir., 08, 2, 191. Req. (mêmes parties), 30 mars 1909, Sir., 10, 1, 83. La responsabilité de l'hôtelier est alors fondée sur l'art. 1382.]

12 Troplong, n° 241. Pont, I, 543. Rouen, 4 février 1847, Sir., 48, 2, 452, [Aix, 26 octobre 1899, Dalloz, 1901, 2, 303.] Cpr. § 373, texte et note 11.

13 C'est ce qui aurait lieu, par exemple, si le voyageur avait déposé ses effets dans un endroit ouvert à tout le monde, sans en prévenir les gens de l'aubergiste, ou si en sortant de sa chambre, il avait oublié de retirer la clef qu'on lui a donnée. Cp. les *Observations du Tribunat*, citées à la note 10 *supra*. Duranton, XVIII, 80. Troplong, n° 237. Pont, I, 541. Zachariæ, § 406, texte et note 8. Paris, 2 avril 1811, Sir., 14, 2, 100. Douai, 19 août 1842, Sir., 42, 2, 421. Rouen, 4 février 1847, Sir., 48, 2, 452. Angers, 15 juillet 1857, Dalloz, 1858, 2, 167.

14 Cpr. § 261, texte n° 6.

f. *Du séquestre.*

§ 407.

Notions générales.

Le séquestre est la remise, entre les mains d'un tiers, d'une chose mobilière ou immobilière, dans le but de sauvegarder les droits des parties intéressées à sa conservation.

D'ordinaire, le séquestre porte sur une chose contentieuse. Art. 1956. Toutefois, il est des cas où une chose peut être mise en séquestre quoiqu'elle ne soit pas litigieuse entre les parties ; tel est celui que prévoit l'art. 603.

Le séquestre peut être établi par convention ou par jugement. Art. 1955.

§ 408.

Du séquestre conventionnel.

Le séquestre conventionnel exige, comme toute convention, le concours ou le consentement de deux ou de plusieurs personnes[1].

Le séquestre conventionnel est gratuit ou salarié. Art. 1957. Il est régi par les mêmes principes que le dépôt volontaire, sauf les différences suivantes (art. 1958) :

a. Le séquestre peut avoir pour objet une chose immobilière, comme une chose mobilière. Art. 1959. Cpr. art. 1918.

b. La personne chargée du séquestre d'une chose litigieuse (le séquestre) ne peut, si ce n'est du consentement

[1] La définition donnée par l'art. 1956 du séquestre conventionnel est inexacte, en ce qu'elle suppose qu'un pareil séquestre peut être constitué par une seule personne. Maleville, sur l'art. 1956. Duranton, XVIII, 85. Troplong, nº 249. Pont, I. 547. Zachariæ, § 408, note 2.

de toutes les parties intéressées au procès [2], restituer la chose qui en fait l'objet qu'après la décision du litige. Art. 1960. Cpr. art. 1944. Elle doit alors la rendre à la partie qui a obtenu gain de cause, et pour le compte de laquelle elle est censée l'avoir détenue. Art. 1956. Cpr. art. 1937. Aussi le séquestre a-t-il le droit de répéter, en totalité contre cette partie, les dépenses qu'il a faites pour la conservation de la chose [3]. Arg. art. 1948.

c. Le séquestre ne peut, avant la fin du litige, se démettre de la garde de la chose séquestrée, si ce n'est pour une cause jugée légitime. Art. 1960.

§ 409.

Du séquestre judiciaire.

1° Les tribunaux, [y compris le juge des référés [1 *bis*]], sont autorisés [1] à ordonner la mise en séquestre d'une chose qui forme l'objet [1 *ter*] d'une instance judi-

[2] Ainsi, le consentement des parties, originairement engagées dans le procès, qui auraient mis la chose en séquestre, ne suffirait pas pour en autoriser la restitution avant la fin du procès. *Discussion au Conseil d'Etat* (Locré, *Lég.*, XV, p. 109, n° 26). Maleville, sur l'art. 1960. Zachariæ, § 408, texte et note 2.

[3] Arg. art. 1948. Delvincourt, sur l'art. 1956. Zachariæ, § 408, note 3. — Le séquestre aurait-il, pour le remboursement de ses dépenses, une action solidaire contre les autres parties qui ont concouru à l'établissement du séquestre? Pothier (n° 89) enseigne l'affirmative. On peut invoquer, à l'appui de cette opinion, qui toutefois, n'est pas sans difficulté, un argument d'analogie tiré de l'art. 2002.

[1 *bis*. Bordeaux, 4 avril 1855, Sir., 56, 2, 117. Douai, 3 déc. 1867, Sir., 68, 2, 35. Paris, 18 nov. 1871, Sir., 71, 2, 197. Nancy, 26 février 1876, sous Cass., 10 juillet 1876, Sir., 76, 1, 405. Caen, 23 juillet 1878, Sir., 1879, 2, 15. Paris, 21 août 1876, Sir., 76, 2, 317. Nancy, 31 octobre 1885, Sir., 86, 2, 239. Cass., 21 février 1899, Sir., 99, 1, 212. Cpr. toutefois, mais pour une hypothèse où le pouvoir du juge des référés disparaît, Paris, 12 avril 1905, Sir., 05, 2, 200.

[1] C'est un pouvoir que la loi accorde aux tribunaux, et non une obligation qu'elle leur impose. Req. rej., 27 avril 1813, Sir., 13, 1, 392.

[1 *ter*. Il ne suffirait donc pas, pour que la mise sous séquestre d'une chose fût ordonnée, que l'évaluation de cette chose pût servir à la solution d'un litige dont elle ne fait point elle-même l'objet. Montpellier,

ciaire [1 *quater*], lorsque la conservation des droits des parties, [ayant d'ailleurs l'une et l'autre qualité pour ester en justice 1 *quinquies*], leur paraît exiger cette mesure [1 *sexies*], et notamment (art. 1961, n° 2)[2] :

a. Lorsque la propriété d'une chose est contestée [2 *bis*], et qu'il y a du danger pour celui qui réclame cette chose, à la laisser dans les mains de la partie qui la possède.

19 mars 1901, Sir., 05, 2, 57, note Wahl (demande d'une pension alimentaire par l'épouse qui a obtenu le divorce, le taux de cette pension dépendant, en fait, dans une certaine mesure, du contenu du coffre-fort loué dans un établissement de crédit par l'autre époux, et dont la mise sous séquestre, avec inventaire des valeurs qui y sont contenues, est ainsi inutilement demandée). Cpr. dans le même ordre d'idées, pour une hypothèse différente, où le séquestre est possible : Paris, 12 février 1903, Sir., 05, 2, 57.]

[1 *quater*. Cpr. Nancy, 31 octobre 1885, Sir., 86, 2, 239 (incompétence de l'autorité judiciaire à l'effet de nommer un séquestre charge d'administrer une loterie, autorisée par l'administration, et dont l'administration, en l'autorisant, a prévu et fixé le contrôle par l'autorité administrative). — D'autre part, on rapprochera du séquestre judiciaire de caractère civil que le présent § a pour objet, le séquestre tout différent appliqué par l'autorité administrative aux immeubles des indigènes en Algérie. Voy. sur ce séquestre de caractère administratif : Cass., 2 janvier 1866, Sir., 66, 2, 296. Alger, 5 février 1877, Sir., 77, 2, 148. Trib. des Conflits, 24 nov. 1877, Sir., 79, 2, 276. Cass., 1er février 1875, Sir., 75, 1, 80. Cass., 4 juillet 1881 (deux arrêts), Sir., 82, 1, 292.]

[1 *quinquies*. Nous visons ici le cas où le plaideur qui demande le séquestre est le gouvernement de fait d'un État étranger, agissant pour se faire livrer les marchandises que le gouvernement légal de cet État a commandées en France. Voy. Paris, 9 juillet 1891, Sir., 1895, 2, 305.]

[1 *sexies*. Voy. comme application, en dehors des cas dont il va être plus spécialement question ci-dessous : Paris, 15 avril 1885, Sir., 87, 2, 183. Voy. aussi, pour le principe, Nancy, 31 octobre 1885, Sir., 86, 2, 239 (arrêt déjà analysé note 1 *quater supra*.]

[2] L'art. 1961 indique encore, dans ses nos 1 et 3, deux autres hypothèses où la justice serait autorisée à établir un séquestre. Mais, dans la première de ces hypothèses, c'est à l'huissier qui a procédé à une saisie-exécution, qu'il appartient en vertu de la loi, et indépendamment de toute intervention de la justice, d'établir un gardien aux meubles saisis. Voy. texte n° 3, *infra*. Et dans la dernière de ces hypothèses, il s'agit bien moins d'un séquestre que d'un simple dépositaire judiciaire. Pont., I, 561.

[2 *bis*. Voy. sur les conséquences de la marche de la procédure sur le caractère litigieux de la chose dont s'agit. Cass., 18 mai 1881, Sir., 82, 1, 57.]

b. Quand, la possession seule étant contestée, il n'existe pas de motifs suffisants pour l'attribuer à l'une des parties plutôt qu'à l'autre[3].

Les termes *propriété ou possession litigieuse*, dont se sert le nº 2 de l'art. 1961, ne doivent pas être pris dans le sens strictement technique qu'on y attache d'ordinaire : la propriété ou la possession peut, en cette matière, être considérée comme contestée, bien que l'instance ne porte pas sur une action en revendication ou sur une action possessoire proprement dite[4].

Ainsi, le séquestre peut être ordonné sur la réclamation du vendeur qui demande, soit la rescision de la vente pour cause de lésion, soit sa résolution pour défaut de paiement du prix[5]. Il peut l'être également, en cas de contestation, entre les héritiers *ab intestat* et le légataire universel, sur la validité du testament[6], [mais non pas entre le légataire universel et le légataire particulier d'une somme d'argent ou même d'un immeuble[6] *bis*. Il ne saurait l'être sur la rescision du partage, et notamment

[3] Voy. § 187, texte nº 4, et note 61. [*Adde* : Cass., 4 déc. 1882, Sir., 83, 1, 63. Cpr. Paris, 25 nov. 1884, Sir., 86, 2, 43. Cass., 7 janvier 1895, Sir., 97, 1, 90.]

[4] Soutenir le contraire, ce serait restreindre sans motifs le pouvoir inhérent à l'office du juge, de prendre, dans le cours de l'instance, toutes les mesures qui lui paraissent nécessaires pour la conservation des intérêts des parties. Maleville, sur l'art. 1961. Delvincourt, III, p. 436. Larombière, *Des obligations*, II, p. 189. Pont, I, 560. Voy. cep. Troplong, nºs 293 et suiv. ; Duvergier, nº 536 ; Zachariæ, § 409, note 3. [C'est par application de la règle que nous formulons au texte, que la Cour de cassation a jugé, le 21 février 1899, Sir., 99, 1, 212, que le juge peut nommer, au besoin à la demande d'un seul créancier du débiteur, un séquestre de tous les biens immeubles de ce dernier, menacé de poursuite du chef de ses créanciers hypothécaires et reconnaissant lui-même qu'il était hors d'état de donner aux dits immeubles les soins et l'administration nécessaires. Cpr. texte et note 7 *quater infra*.]

[5] Bourges, 8 mars 1822, Sir., 23, 2, 96. Toulouse, 29 août 1827, Sir., 29, 2, 45.

[6] Bourges, 18 décembre 1826, Sir., 27, 2, 121. Montpellier, 19 juin 1827, Sir., 27, 2, 217. [Paris, 18 nov. 1871, Sir., 71, 2, 197. Paris, 26 mars 1884, Sir., 86, 2, 28. Angers, 26 juin 1889, Sir., 89, 2, 237. Cpr. Bordeaux, 4 avril 1855, Sir., 56, 2, 117.]

[[6] *bis*, Paris, 9 janvier 1895, Sir., 96, 2, 308.]

du partage d'ascendants, quant aux biens compris dans le partage rescindé, et aliénés avant la rescision par le cohéritier au lot duquel ils avaient été mis[6] *ter*].

D'un autre côté, il est permis aux tribunaux d'ordonner le séquestre dans le cours d'une instance sur surenchère, dont l'effet est de rendre la propriété de l'immeuble surenchéri, sinon litigieuse, du moins incertaine entre les parties[7].

Enfin, le séquestre peut être ordonné au cas où la demande en restitution d'une chose est dirigée contre celui qui la détient, à titre de bail par exemple, bien qu'en pareil cas, il ne puisse être question d'une contestation sur la possession proprement dite. [Dans le même ordre d'idées, le propriétaire de l'immeuble loué pour l'exercice d'un commerce, fondé à exiger une garantie de son locataire, qui annonce la mise en vente, pour cause de liquidation, de toutes les marchandises garnissant les lieux loués et ne devant pas y être remplacées, peut obtenir la nomination d'un séquestre chargé de contrôler les ventes, et de suivre, dans la mesure de l'exécution des clauses du bail, le prix desdites marchandises[7] *bis*. A plus forte raison, la mise sous séquestre des meubles du locataire expulsé de l'immeuble loué peut-elle être ordonnée, au besoin en référé, à fin de payement des loyers dus[7] *ter*].

[Mais là s'arrête le pouvoir des tribunaux. Notamment, ils n'ont pas celui de nommer un séquestre, pour administrer, dans l'intérêt collectif des créanciers, le patrimoine d'un débiteur en état de déconfiture[7] *quater*.]

[[6] *ter*. Cass., 26 juillet 1887, Sir., 87, 1, 377.]

[7] Bordeaux, 17 mai 1831, Sir., 31, 2, 287.

[[7] *bis*. Paris, 15 avril 1885, Sir., 87, 2, 183. Paris, 21 avril 1886, Sir., 87, 2, 203.]

[[7] *ter*. Paris, 10 février 1888, 24 février 1888, 6 avril 1889, 21 janvier 1891, Sir., 92, 2, 249, et la note de M. Tissier, qui rapproche, sous ce point de vue, la disposition de l'art. 1961 de celle de l'art. 806 du Code de procédure civile.]

[[7] *quater*. Civ. cass., 10 juillet 1876, Sir., 76, 1, 405. Civ. cass., 13 nov. 1889, Sir., 90, 1, 8. Voy. § 580, texte et note 5. Cpr. Civ. cass., 14 nov. 1883, Sir., 85, 1, 423. Cpr. § 478[5], texte et note 98 (addition). Cpr. note 4 *in fine, suprà*.]

2° En vertu des dispositions spéciales des art. 681 du Code de procédure et 603 du Code Napoléon, les tribunaux sont autorisés à établir un séquestre dans les hypothèses que prévoient ces articles.

3° Dans toute saisie d'objets mobiliers corporels, l'huissier chargé de la poursuite doit établir un gardien aux choses saisies, conformément aux art. 596, 597 et 598 du Code de procédure. Ce gardien a, en général, droit, [en cette qualité], à un salaire dont le taux est fixé par la loi [[7] *quinquies*, et qui rentre, comme tel, dans les frais de séquestre[7] *sexies*. Il a droit à l'application de l'art. 1948[7] *septies*]. Les art. 1962 du Code Napoléon, 603 et suiv. du Code de procédure, tracent quelques règles spéciales sur ses droits et ses obligations, soit vis-à-vis du créancier saisissant, soit à l'égard du débiteur saisi.

Du reste, personne n'est tenu d'accepter la charge de séquestre ou de gardien, de quelque manière qu'elle lui ait été offerte ou conférée[8].

[Le propriétaire de la chose séquestrée doit respecter le séquestre ordonné par la justice, et il lui est fait application, le cas échéant[8] *bis*, de l'art. 400, §§ 2 et 3, du

[[7] *quinquies*. Cpr. pour l'hypothèse visée texte n° 1, Caen, 23 juillet 1878, Sir., 79, 2, 15.]

[[7] *sexies*. Cpr. sur les conséquences de cette formule : Lyon, 1er août 1879, Sir., 1880, 2, 84. Les frais de séquestre ne rentrent d'ailleurs pas dans les dépens. Civ. cass., 13 janvier 1897, Sir., 01, 1, 451.]

[[7] *septies*. Bordeaux, 14 juillet 1870, Sir., 71, 2, 13. Cpr. sur cette hypothèse § 516, texte et note 47.]

[8] Cette charge, en effet, ne saurait être considérée comme une charge publique. Carré, *Lois de la procédure*, II, 2052. Rauter, *Cours de procédure*, § 289. Zachariæ, § 409, note 6. [Voy. comme application : Paris, 17 janvier 1889, Sir., 89, 2, 230.] Voy. en sens contraire, quant aux fonctions de gardien à une saisie : Berriat Saint-Prix, *Cours de procédure*, II, p. 534. [Voy. pour une hypothèse où la personne investie des fonctions de séquestre n'entend se soumettre qu'à une responsabilité moindre, et sur les difficultés que cette réserve peut soulever, notamment au point de vue de l'autorité de la chose jugée : Cass., 7 nov. 1899, Sir., 1900, 1, 327.]

[[8] *bis*. Cass., 15 mai 1909, Sir., 10, 1, 224 (le mari, resté, après l'ordonnance de non-conciliation sur la demande en divorce formée par sa femme, détenteur des valeurs dépendant de la communauté, n'a pas la qualité

Code pénal[8] *ter*, et pareillement, de l'art. 224 du même Code[8] *quater*.]

[4° Le sequestre judiciaire, ayant pour but unique, dans les différentes hypothèses qui ont été indiquées texte n^os^ 1 et 2, la conservation de la chose litigieuse, ne comporte, pour le tiers qui en est chargé, que des pouvoirs d'administration [8] *quinquies*. Ces pouvoirs d'administration lui permettent de faire les baux de courte durée des biens héréditaires séquestrés [8] *sexies*. Les actes d'administration survenus entre le séquestre et les tiers jusqu'à la décision de justice qui met fin au séquestre sont opposables aux divers ayants-droit sur la chose litigieuse [8] *septies*.]

[Les pouvoirs du séquestre peuvent être modifiés au cours du procès [8] *octies*.]

[5° On ne confondra pas le séquestre judiciaire dont il a été question jusqu'ici, soit avec le séquestre prévu et autorisé au profit de la société du Crédit foncier par les art. 29 et 30 du décret du 28 février 1852 [8] *nonies*, soit avec le liquidateur des congrégations dissoutes, nommé par le tribunal en exécution de l'art. 18 § 3 de la loi du 1^er^ juillet 1901 [8] *decies*, soit avec le liquidateur séquestre

de gardien judiciaire desdites valeurs, et l'art. 400 du Code pénal ne lui est pas applicable, s'ils les détourne).]

[8 *ter*. Ce texte ne vise expressément que l'hypothèse du détournement par le saisi des objets saisis. Il y a lieu, néanmoins, de l'appliquer au détournement d'objets séquestrés. Cass., 13 août 1869, Sir., 70, 1, 47. Bordeaux, 6 janvier 1892, Sir., 92, 2, 122. Cass., 8 nov. 1894, Sir., 95, 1, 56. Les considérants de l'arrêt précité du 13 août 1869 répondent suffisamment à l'objection qui pourrait se tirer de la règle de l'interprétation littérale des dispositions pénales.]

[8 *quater*. Cpr. pour l'application. Cass., 16 déc. 1893, Sir., 95, 1, 201.]

[8 *quinquies*. Civ. cass., 14 nov. 1883, Sir., 85, 1, 423. Civ. cass., 13 nov. 1889, Sir., 90, 1, 8. Cpr. la note 7 *quater supra*. Cpr. aussi § 281[5], note 5 *in fine*. Cpr. cep. Douai, 3 déc. 1867, Sir., 68, 2, 35.]

[8 *sexies*. Toulouse, 26 avril 1893, Sir., 96, 2, 252.]

[8 *septies*. Civ. rej., 18 mai 1881, Sir., 82, 1, 57.]

[8 *octies*. Nancy, 20 déc. 1892, Sir., 92, 2, 133.]

[8 *nonies*. Voy. sur les difficultés qui y sont relatives : Aix, 2 mars 1891, Sir., 94, 2, 172. Cass., 23 février 1892, Sir., 92, 1, 237.]

[8 *decies*. Voy. sur leurs pouvoirs à l'effet d'inventorier les biens détenus par la congrégation et d'en prendre possession à fin de liquidation :

des biens des établissements publics du culte, supprimés en exécution de la loi du 9 décembre 1905 [8] *undecies*.

[6° Dans l'ordre du conflit des lois, le juge français qui serait incompétent [8] *duodecies* pour statuer sur le litige à raison duquel la mise en séquestre d'une chose lui est demandée, le serait pareillement pour ordonner cette mise en séquestre [8] *tredecies*. En sens inverse, il ne pourrait donner *l'exequatur* en France à une décision étrangère de mise en séquestre de biens situés en France, qu'autant que la demande d'*exequatur* répondrait aux conditions requises pour l'*exequatur* des jugements étrangers en général [8] *quatuordecies*.]

Cass., 20 déc. 1905 (deux arrêts), Sir., 06, 1, 220. Cass., 9 janvier 1907, Sir., 10, 1, 561. Cass., 11 avril 1907 (deux arrêts), Sir., 09, 1, 428. — Voy. aussi, pour les difficultés spéciales que soulèverait le règlement du sinistre de l'immeuble incendié, à supposer qu'il fût compris dans les biens détenus par la congrégation : Cass., 26 février 1906, Sir., 06, 1, 305.]

[8 *undecies*. Voy. § 707 *ter*, texte et notes 46 et suiv., *adde* : Cass., 6 déc. 1909, Sir., 10, 1, 261.]

[8 *duodecies*. Voy. sur la détermination de cette compétence, le § 748 *bis*.]

[8 *tredecies*. Cette question ne paraît pas s'être présentée devant les tribunaux français. Mais elle s'est présentée plusieurs fois en Suisse, le plus souvent sur l'application du traité franco-suisse du 15 juin 1869, et le tribunal fédéral suisse nous paraît avoir sanctionné des solutions qui impliquent la formule que nous posons au texte. Voy. trib. fédéral suisse, 7 juin 1889, Sir., 90, 4, 6 : 9 novembre 1893, Sir., 96, 4, 31 : 2 octobre 1902, Sir., 03, 4, 15. Voy. aussi dans le même sens, Trib. de Genève, 22 nov. 1895, Sir., 97, 4, 15.]

[8 *quatuordecies*. Req., 20 nov. 1893, Sir., 1894, 1, 445.]

d. *Du mandat.*

SOURCES. *Code Napoléon*, art. 1984-2010. — BIBLIOGRAPHIE. *Du contrat de mandat*, par Pothier. *Du mandat*, par Troplong; Paris, 1846, 1 vol. in-8°. *Du mandat, de la commission, et de la gestion d'affaires*, par Domenget; Paris, 1862, 2 vol. in-8°. Pont, *Des petits contrats*, I, n°s 791 et suiv.

§ 410.

Notion du mandat [1].

Le mandat est un contrat [1 *bis*] par lequel l'une des parties donne à l'autre le pouvoir, que celle-ci accepte, [ou, dans certains cas, est présumée accepter 1 *ter*], de la représenter à l'effet de faire, en son nom et pour son compte, un acte juridique, ou une série d'actes de cette nature. Art. 1984 [2].

[1] Il existe des dispositions spéciales sur les diverses espèces de mandataires. Voy. sur les avoués : Code de procédure civile, art. 75 et suiv., 352 et suiv. ; sur les commissionnaires de commerce : Code de commerce, art. 91 et suiv. ; sur les agents de change et les courtiers : Code de Commerce, art. 74 et suiv.

[1 *bis*. Cpr. sur ce premier élément de la définition du mandat, et par opposition au mandat qui aurait été conféré par l'un des cohéritiers à l'autre de payer les dettes héréditaires, avec reddition ultérieure de comptes, l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 6 nov. 1894, Sir., 1895, 1, 8, qui ramène le prétendu mandat à un règlement définitif de comptes entre les cohéritiers susvisés.]

[1 *ter*. Cpr. Cass., 15 nov. 1904, Sir., 06, 1, 512. Cass., 20 nov. 1888, Sir., 89, 1, 9, pour les rapports des officiers ministériels avec leurs clients.]

[2] La définition de l'art. 1984, qui s'applique plutôt à la procuration, c'est-à-dire à l'acte instrumentaire par lequel le pouvoir est conféré, qu'à la convention même de mandat, n'indique pas les caractères propres et distinctifs de ce contrat. C'est pour n'avoir pas nettement saisi ces caractères, que la plupart des auteurs ont confondu avec le mandat des conventions d'une nature toute différente, et que, d'un autre côté, on a considéré les notaires comme étant les mandataires des parties qui ont recours à leur ministère. Cpr. § 371 *bis*, note 1. [Ils peuvent l'être, sans doute, mais en vertu d'un mandat spécial, exprès ou tacite. Voy. § 413, note 1.] — [Voy. comme application de la formule du texte, pour les agents d'assurances, révocables *ad nutum*, au moins en principe, en qualité de mandataires : Req., 9 juillet 1885, Sir., 87, 1, 478. Nancy, 29 juin 1889.

Les caractères essentiels et distinctifs du mandat consistent donc :

a. En ce que l'affaire que le mandataire est chargé d'accomplir doit être un acte ou une série d'actes juridiques [2 *bis*].

Sir., 1890, 2, 226. Grenoble, 13 mai 1872, Sir., 72, 2, 226. Req. 26 octobre 1891, Sir., 92, 1, 551. Civ. cass., 10 nov. 1891, Sir., 91, 1, 529. Besançon (mêmes parties), 13 juillet 1892, Sir., 93, 2, 50. Cpr. Nancy, 23 juin 1860, Sir., 61, 2, 165. La chambre civile de la Cour de cassation (18 juillet 1892, Sir., 92, 1, 337) a d'ailleurs admis la révocation *ad nutum* de ces agents, même en dehors de toute idée de mandat. Voy. pour une autre conséquence, au point de vue pénal, de la qualité de mandataire des mêmes agents, Riom, 6 mai 1885, Sir., 87, 2, 207. — C'est encore un mandataire, sous le même point de vue, et non pas un réassureur, que le vérificateur des polices d'assurances. Cass., 11 février 1891. Sir., 91, 1, 121. Req., 1er mai 1907, Sir., 08, 1, 87. Dans un ordre d'idées voisins, on ne saurait considérer le clerc de notaire comme le mandataire de son patron, Douai, 17 août 1871, Sir., 72, 2, 264, tandis, au contraire, que le garçon de recettes est un mandataire. Voy. § 413, note 5. Mais on considérera comme des mandataires : le représentant de commerce (Nancy, 2 février 1909, Sir., 09, 2, 246, d'où il suit qu'il n'est pas un commerçant, Cass. 21 déc. 1898 et 17 nov. 1909, Sir., 10, 1, 534), le capitaine de navire (Cass., 17 déc. 1884, Sir., 86, 1, 461, Lyon-Caen et Renault, V, n° 496. Cpr. Planiol, II, n° 2232, note 2) et, sous certaines conditions de fait, le *bookmaker* (la personne qui se bornerait, même moyennant salaire, à recevoir les mises des parieurs et à les verser, suivant les instructions de ces derniers, aux guichets d'une société autorisée de paris mutuels, pour être engagées sur des chevaux dont les parieurs ont fait choix). On rappellera enfin qu'en matière de transport, si plusieurs voituriers concourent successivement au transport de la même marchandise, celui qui la rend à destination est considéré comme le mandataire des précédents. Douai, 13 nov. 1878, Sir., 79, 2, 291. Cpr. Cass., 31 mai 1886, Sir., 87, 1, 322. Voy. sur ces difficultés Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, III[3], n° 595 et suiv. — Cette dernière indication soulève la question plus générale de savoir dans quelle mesure un contrat qui n'a pas pour objet principal et essentiel de conférer un mandat à l'une des parties, entre lesquelles il se produit, peut néanmoins l'impliquer subsidiairement et accessoirement. On l'a soutenu, mais à tort selon nous, pour le contrat d'édition. Com. Seine, 4 juin 1896, Sir., 99, 2, 217 (note critique de M. Esmein, dont nous approuvons pleinement les conclusions). Cpr. cep. Paris, 31 mai 1892, sous Cass., 1896, 1, 141, pour l'hypothèse d'un dépôt chez l'éditeur de l'édition entièrement établie aux frais de l'auteur, ce qui exclut le contrat d'édition proprement dit.]

[2 *bis*. Selon nous, le mandat ne consiste pas à faire des actes quelconques, notamment, des actes matériels, mais seulement des actes juri-

b. En ce que le mandataire reçoit le pouvoir [[2] *ter*] de représenter le mandant, à l'effet de l'obliger envers des tiers, et d'obliger des tiers envers lui.

Le mandat donné pour une affaire qui se trouve déjà consommée est à considérer comme non avenu [3]. Il en est de même du mandat qui n'a point été conféré dans la forme que la loi exige pour que le mandataire puisse exécuter l'acte juridique qui en fait l'objet [4].

diques, pour le compte d'autrui. La Cour de cassation a fait l'application de cette idée, seule exacte, à notre avis, dans des hypothèses où la solution contraire paraissait commandée par l'équité. Cass., 2 janvier 1882, Sir., 82, 1, 209. Grenoble (mêmes parties), 10 janvier 1883, Sir., 83, 2, 55. Civ. cass., 14 avril 1886, Sir., 87, 1, 76. Cpr. Req. 11 nov. 1885, Sir., 86, 1, 303. Cpr. cep. Crim. cass., 31 déc. 1885, Sir., 86, 1, 144. Voy. aussi, dans le même ordre d'idées, Nancy, 29 avril 1893, Sir., 1893, 2, 120 (tous ces arrêts visent le cas d'un accident survenu à un employé dans l'exercice de ses fonctions et écartent l'application de l'art. 2000). La même question (de savoir si le mandat peut avoir pour objet des actes matériels) se pose encore sous d'autres points de vue (réduction de salaires). Voy. pour le généalogiste, Trib. de Nevers, 12 mars 1905, Sir., 06, 2, 219. La formule dont nous nous servons au texte conduit encore à d'autres conséquences, dans un ordre d'idées différent. Voy. § 371 *bis*, note 1. Cpr. § 341, texte et notes 2 et 4. La Cour d'Agen a cependant considéré l'avocat comme un mandataire. Agen, 4 mars 1889, Sir., 89, 2, 139. Mais voy. en sens contraire, réserve faite de l'hypothèse où l'avocat plaide en justice de paix, Cass., 19 déc. 1899, Sir., 01, 1, 273 (note Wahl). La question s'est également posée pour l'avocat de nationalité française, inscrit à un barreau étranger. La Cour d'Aix, 18 juin 1890, Sir., 91, 2, 109, appelée à statuer disciplinairement, l'a considéré comme un mandataire ordinaire.]

[[2] *ter*. Cette expression est essentielle, l'approbation, le consentement, et même les instructions du prétendu mandant ne pouvant suffire pour constituer un véritable mandat. Voy. comme application, en matière de liquidation de congrégations religieuses. Cass., 25 juin 1907, Sir., 09, 1, 506 (hypothèse du congréganiste ayant conservé en fait, vis-à-vis de la congrégation, l'entière administration de sa fortune personnelle, et en ayant employé une partie à des œuvres et à des constructions pour lesquelles il avait reçu l'approbation et même les instructions de ses supérieurs : il ne peut, à la liquidation, se présenter, à fin de remboursement de ses dépenses par le liquidateur, comme le mandataire de ses supérieurs).]

[3] Il est bien entendu que, si le mandataire avait, dans l'ignorance de la consommation de l'affaire, fait des déboursés, le mandant lui en devrait le remboursement.

[4] Cpr. § 411, textes et notes 4 à 6.

Le mandat peut être donné, soit dans l'intérêt exclusif du mandant, soit, tout à la fois, dans son intérêt et dans celui d'un tiers[5], ou du mandataire[6].

Le mandat est gratuit de sa nature ; mais la promesse d'un salaire faite au mandataire n'est pas contraire à l'essence de ce contrat[7]. Art. 1986. Cette promesse peut avoir lieu tacitement[8].

Il ne faut pas confondre avec le mandat, le conseil ou la simple recommandation, qui n'obligent celui qui les a donnés de bonne foi, ni envers la personne à laquelle ils ont été adressés, ni envers les tiers[9].

Si le caractère et les effets du mandat sont, en général, indépendants de la forme extérieure sous laquelle il a

[5] Le mandat exclusivement conféré dans l'intérêt d'un tiers, et en dehors de toute gestion d'affaires antérieurement entreprise, serait inefficace, puisque le mandant, qui n'y aurait aucun intérêt, ne pourrait en réclamer l'exécution. Cpr. L. 8, § 6, D. *mand.* (17, 1). Pothier, nº 17. Duranton, XVIII, 201.

[6] Lorsque le mandat est donné dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire, ce dernier est vulgairement appelé *procurator in rem suam*. Cette dénomination, empruntée au droit romain, a, dans ce Droit, un sens tout spécial.

[7] Le mandat, en effet, conserve, malgré la stipulation d'un salaire, le caractère qui le distingue du louage de services ou d'autres contrats analogues. Cpr. en sens divers : § 13, *Inst. de mand.* (3,27) ; L. 1, § 4. L. 6, *proe.*, L. 7, D. *mand.* (17, 1) ; Zachariæ, § 410, texte et note 6. [Cpr. pour la distinction du mandat salarié et de la participation, Poitiers, 6 juin 1871, Sir., 71, 2, 212.]

[8] Zachariæ, § 410, texte et note 5. — Le salaire est censé tacitement stipulé et promis dans les mandats relatifs à des affaires dont le mandataire se charge par état ou par profession, par exemple, dans les mandats confiés à des avoués ou à des agents d'affaires, et dans les commissions données à des courtiers ou à des commissionnaires de commerce. Civ. rej., 18 mars 1818, Sir., 18, 1, 234. Civ. rej., 24 juillet 1832, Sir., 32, 1, 621. Lyon, 8 novembre 1860, Sir., 61, 2, 15. Bordeaux, 18 août 1864, Sir., 65, 2, 46. Req., rej. 5 janvier 1869, Sir., 69, 1, 81. Cpr. Bordeaux, 29 juin 1853, Sir., 53, 2, 63 ; Req. rej., 23 novembre 1858, Sir., 59, 1, 597.

[9] L. 2, § 6, D. *mand.* (17, 1). Il en serait autrement, si un conseil ou une recommandation avaient été donnés de mauvaise foi. Art. 1382 et suiv. Pothier, nºs 18 et suiv. Merlin, *Rép.*, vº Mandat, § 1, nº 5. Duranton XVIII, 202. Zachariæ, § 410, texte et note 4. [Paris, 18 janvier 1899, sous Cass., 27 janvier 1903, Sir., 05, 1, 29.] Cpr. Paris, 1er mai 1807, Sir., 7, 2, 80.

été conféré, les rapports du mandant et du mandataire avec les tiers sont cependant profondément modifiés, lorsque le mandat se produit [9 *bis*] sous la forme d'une vente, d'une cession, ou d'un autre acte, par lequel le mandant investit, en apparence, [comme il en a le droit 9 *ter*], le mandataire de tous les droits de propriétaire ou de maître de l'affaire, [et ce, à moins que les tribunaux ne soient fondés, en combinant les diverses clauses de l'acte apparent dont il vient d'être parlé, à ramener celui-ci à un mandat 9 *quater*].

Dans ce cas, le mandataire, qui devient ce qu'on appelle un prête-nom, agissant *nomine proprio*, se trouve personnellement engagé vis-à-vis des tiers, qui n'ont aucune action directe à exercer contre le mandant [9 *quinquies*]. Réciproquement, c'est envers le prête-nom seul que les tiers se trouvent obligés [9 *sexies*]. Il est indifférent, sous ce double rapport, que ces derniers aient connu ou non la véritable qualité de celui avec lequel ils ont traité [10].

D'un autre côté, le mandant ne peut, au regard des tiers, critiquer les actes passés par le prête-nom, sous le prétexte qu'il aurait dépassé les limites de ses pouvoirs, à moins toutefois qu'ils n'aient obtenu connaissance de l'objet et de l'étendue de son mandat.

[D'ailleurs, le mandant, obligé conventionnellement de garantir le mandataire des engagements que celui-ci contracterait envers son prête-nom, peut être tenu, par

[9 *bis*. Cpr. Req., 5 avril 1880, Sir., 81, 1, 31.]

[9 *ter*. Réserve faite du cas de fraude. Req. 5 avril 1880, Sir., 81, 1, 31. Cpr. en ce sens Toulouse, 23 déc. 1890, sous Civ. rej., 25 avril 1894, Sir., 95, 1, 230.]

[9 *quater*. Cass., 28 février 1877, Sir., 78, 1, 467. Cpr. Cass., 31 mai 1879, Sir., 81, 1, 347. – La question de savoir si le mandataire est un mandataire ordinaire ou un prête-nom est une question mélangée de fait et de droit, qui ne peut être utilement soulevée devant la Cour de cassation. Cass., 28 octobre 1902, Sir., 03, 1, 32.]

[9 *quinquies*. Civ. rej., 8 mai 1872, Sir., 73, 1, 366. Voy. comme conséquence : Req. 26 avril 1876, Sir., 77, 1, 152. Voy. cep. pour une hypothèse très particulière de prête-nom, Dijon, 22 nov. 1895, Sir., 97, 2, 204.]

[9 *sexies*. Voy. comme application Cass., 4 nov. 1902, Sir., 03, 1, 173.]

10 Req. rej., 25 janvier 1864, Sir., 64, 1, 105.

appréciation souveraine du juge du fait, de ladite garantie, dès avant que les engagements contractés par le prête-nom soient d'ores et déjà exigibles [10] *bis*.]

Le prête-nom n'étant au fond qu'un mandataire, [l'étendue de ses obligations envers le mandant est déterminée par les règles du contrat de mandat : notamment, les acquisitions qu'il peut faire [10] *ter* en son nom pour le compte du mandant sont, en réalité, faites pour celui-ci [10] *quater*. D'autre part], ses pouvoirs cessent par toutes les causes qui mettent fin au mandat, et notamment par le décès du mandant. D'où la conséquence, que les tiers qui, ayant eu connaissance du décès du mandant et de la véritable qualité du prête-nom, auraient malgré cela traité avec ce dernier, ne seraient pas admis à opposer aux héritiers du mandant les actes ainsi passés [11]. Quant aux actes conclus antérieurement, les effets en restent réglés au regard des tiers, même après le décès du mandant, comme si le prête-nom avait été le véritable maître de l'affaire [12].

§ 411.

Des conditions de la validité du mandat.

1° Le mandat, dont la validité n'est subordonnée à l'observation d'aucune formalité extrinsèque, peut, en général, être conféré, soit expressément, soit tacitement[1]. Art. 1985. On ne doit cependant pas considérer

[10 *bis*. Civ. rej., 8 mai 1872, Sir., 73, 1, 366.]

[10 *ter*. Voy. Riom, 13 février 1897, sous Cass., Sir., 99, 1, 309.]

[10 *quater*. Cass., 20 janvier 1903, Sir., 03, 1, 174.]

11 Civ. rej., 9 février 1848, Sir., 48, 1, 481. Voy. en sens contraire : Troplong, nos 43 et 738.

12 Req. rej., 25 janvier 1864, Sir., 64, 1, 105.

1 Ce serait une erreur de conclure, par argument *a contrario*, de l'al. 1er de l'art. 1985, combiné avec l'al. 2 du même article, que le mandat n'est pas susceptible d'être donné tacitement. Cet argument ne serait pas ici concluant, puisqu'il tendrait à établir une exception aux principes généraux sur la manière dont le consentement peut être manifesté. Cpr. § 40, et 343. Troplong, nos 118 et suiv. Larombière, *Des obligations*, V, art. 1372

comme emportant un mandat tacite, le seul silence d'une personne qui, ayant connaissance de la gestion de ses affaires par un tiers, ne s'oppose point à cette gestion [2].

et 1373, nos 12 et 13 ; Colmet de Santerre, V. 349 *bis*, III ; Req. rej. 5 janvier 1863. Sir., 63, 1, 9. [Cass., 15 déc. 1874, Sir., 75, 1, 212.] Voy. en sens contraire : Toullier, XI, 25 et 26 ; Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1317. Cpr. aussi : Duranton, XVIII, 218 ; Delamare et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, I, 70 et suiv. — Nous avons indiqué, au § 317, texte et notes 6 à 8, différents cas de mandat tacite à l'effet de recevoir un paiement. — La femme mariée est, en général, à considérer comme ayant mandat tacite du mari, pour les dépenses du ménage. Cpr. § 507, texte n° 7. Elle peut même, selon les circonstances, et lorsqu'elle est dans l'habitude de faire les affaires de son mari, être regardée comme ayant mandat tacite pour acheter les marchandises nécessaires à la profession ou au commerce de ce dernier, et même pour accepter les traites fournies sur lui. Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. VII, nos 1 et 7. Toullier, XII, 261. Duranton, XVIII, 219. Zachariæ, § 411, note 2. Civ. rej., 2 avril 1822. Sir., 22, 1, 369. Cpr. Req. rej., 25 janvier 1821, Sir., 21, 1, 177; Civ. rej., 14 janvier 1826, Sir., 26, 1, 332. Bordeaux, 29 mars 1838. Sir., 38, 2, 289. Douai, 21 novembre 1849. *Pal.*, 1851, 1, 292 ; Nîmes, 11 août 1851, *Pal.*, 1852, 1, 225; Aix, 10 décembre 1864. Sir., 65, 2, 236. — Mais un domestique ne doit pas, en général, être considéré comme mandataire tacite du maître pour acheter à crédit les provisions du ménage. Civ. cass., 22 janvier 1812, Sir., 13, 1, 224. Paris, 13 septembre 1828, Sir., 29, 2, 19. Paris, 18 avril 1838, Sir., 38, 2, 218. Cpr. Duranton, XVIII, 218 et suiv. Zachariæ, *loc. cit.*

[2] C'est ce qui résulte de l'art. 1372, qui ne voit dans cette hypothèse qu'une simple gestion d'affaires. Le Code Napoléon s'est, sous ce rapport, écarté de la règle du Droit romain : *Qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur*. L. 60, D. *de R. J.* (50, 17). Tel n'est cependant pas l'avis de M. Troplong, qui enseigne (nos 129 et suiv.) qu'on doit encore aujourd'hui, conformément à la maxime précitée, admettre un mandat tacite dans l'hypothèse où la gestion a été entreprise au su du maître de l'affaire. Suivant l'éminent magistrat, les termes de l'art. 1372 : *soit que le propriétaire connaisse la gestion*, ne s'appliqueraient pas à cette hypothèse, et devraient être restreints à celle où le maître de l'affaire n'aurait obtenu qu'après coup connaissance de la gestion. Il cite à l'appui de cette opinion différents textes qui établiraient, selon lui, qu'en Droit romain cette circonstance n'avait pas pour effet de transformer en mandat la simple *negotiorum gestio*. Son argumentation ne nous a pas convaincu, et nous maintenons l'opinion personnelle que nous avons émise au texte. Les lois 6, § 2, et 20, § 1, D. *mand.* (18, 1), et les lois 1 et 2, D. *de neg. gest.* (3, 5), citées par M. Troplong, n'établissent nullement la thèse spéciale qu'il soutient. Quant aux lois 6, §§ 9 et 10, 9, D. *de neg. gest.* (3, 5), et 9, C. *de neg. gest.* (2, 18), qu'il invoque également, elles sont complètement étrangères à la question, puisqu'elles s'appliquent à des hypothèses où

Le mandat peut être donné verbalement, aussi bien que par écrit [[2] *bis*] ; mais, dans le premier cas, la preuve n'en est reçue, [même s'agissant d'un mandat tacite [2] *ter*],

l'action *negotiorum gestorum*, qui n'existait pas dès le principe, à raison de l'absence de l'une ou de l'autre des conditions requises pour y donner ouverture, n'a pris naissance que par suite de la ratification de celui au nom duquel la gestion avait été entreprise. A notre avis, il faut, au point de vue du Droit romain, distinguer entre les actes consommés avant que le maître n'ait eu connaissance de la gestion, et ceux que le gérant n'aurait accomplis que depuis cette connaissance acquise. Si les premiers restent, sans contredit, soumis aux règles de la gestion d'affaires, il n'en est plus de même des seconds, qui, d'après la maxime *Sola patientia inducit mandatum*, doivent être considérés comme faits en vertu d'un mandat tacite. Or, cette solution n'est évidemment plus compatible avec l'art. 1372, alors même qu'on admettrait l'interprétation qu'en donne M. Troplong. On ne peut donc se refuser à voir dans cet article une innovation législative : et cette innovation, restreinte au cas particulier où le maître aurait, dans le cours seulement de la gestion, obtenu connaissance de celle-ci, serait une véritable inconséquence. Pour l'expliquer d'une manière rationnelle, il faut, en la généralisant, admettre que, dans la pensée des rédacteurs du Code, le simple silence du maître ne suffit pas pour emporter mandat. Les termes de l'art. 1372 résistent d'ailleurs à toute distinction, et les travaux préparatoires du Code ne fournissent pas d'indications assez précises pour permettre de restreindre la portée de cet article. Larombière, *Des obligations*, V, p. 567, n° 13. Cpr. Bordeaux, 29 juillet 1857, Sir., 58, 2, 65.

[[2] *bis*. Un mandat donné par télégramme est-il donné par écrit? Voy. pour l'affirmative, Alger, 7 février 1884, Sir., 1886, 2, 92.]

[[2] *ter*. Civ. cass., 29 déc. 1875, Sir., 76, 1, 401 (note critique de M. Labbé sur ce point). Montpellier, 1er juin 1891, Sir., 92, 2, 103. Besançon, 31 déc. 1894, Sir., 95, 2, 100. Cass., 7 nov. 1899, Sir., 01, 1, 25 (note critique anonyme). Civ. cass., 4 nov. 1902, Sir., 02, 1, 488. Cpr. en ce sens, Amiens, 28 janvier 1894, Sir., 94, 2, 177. Cass., 1er juillet 1907, Sir., 09, 1, 13. Cpr. cep. Cass., 18 janvier 1892, Sir., 92, 1, 255. — On ne confondra pas le mandat tacite visé dans la présente note, avec le mandat verbal : Req., 6 août 1873, Sir., 75, 1, 71. Req. 4 mai 1874, Sir., 75, 1, 69. — Cette question de la preuve par simples présomptions du mandat tacite se pose le plus souvent dans les rapports du débiteur qui a payé au notaire rédacteur de l'acte, pris comme mandataire tacite du prêteur. Sur ce point, les arrêts précités sont formels : une preuve écrite est nécessaire. L'auteur de la note critique sous l'arrêt du 7 nov. 1899, Sir., 01, 1, 25, soulève contre cette solution différentes objections, fondées notamment sur les art. 1738, texte spécial à la matière du bail, visant plutôt le fait matériel de la continuation de la jouissance du locataire qu'un accord nouveau de volontés entre les parties (cpr. § 762, note 5), et 1985, qui vise le cas d'acceptation tacite du mandat. Le savant arrêtiste oublie qu'il

que conformément aux règles générales sur la preuve des conventions [2 *quater*]. Art. 1985. Il en est ainsi, non seulement lorsque la question de l'existence du mandat est soulevée entre deux personnes dont l'une veut s'en prévaloir contre l'autre, comme mandant ou comme mandataire, mais encore, du moins en général, lorsqu'à l'occasion d'une contestation quelconque, l'une des parties allègue l'existence d'un mandat qui aurait été donné par l'autre à un tiers[3].

[S'il s'agit d'un mandat tacite, la preuve en est valablement faite, au-dessus de 150 fr., lorsqu'elle ressort, ou lorsqu'un commencement de preuve par écrit ressort, pour le juge du fait, d'actes écrits émanés du mandant[3] *bis*, le tout, bien entendu, sans préjudice des règles spéciales au commerce [3] *ter*.]

L'acte destiné à constater vis-à-vis des tiers l'exis-

faudra toujours, dans cette dernière hypothèse, prouver autrement que par témoins l'offre du mandat). Il y a lieu, d'ailleurs, de rappeler ici la jurisprudence qui fait du premier clerc de l'étude le mandataire tacite du notaire Voy. not. Dijon, 22 nov. 1895, Sir., 97, 2, 204, et la note. — M. Labbé, dans sa note sous l'arrêt du 29 déc. 1875, Sir., 76, 1, 401, a bien résumé la jurisprudence antérieure, un peu flottante, de la Cour de cassation.]

[2 *quater*. Voy. not. Cass. 9 juillet 1890, Sir., 92, 1, 557 (commencement de preuve par écrit). Cass. 21 mars 1894, Sir., 95, 1, 181 (aveu judiciaire). Cass. 19 juillet 1894, Sir., 94, 1, 439. Cass. 27 octobre 1894, Sir., 95, 1, 174 (preuve écrite par la correspondance). Cass. 30 avril 1895, Sir., 97, 1, 139 (commencement de preuve par écrit). Il y a lieu, toutefois, par l'application de la règle posée au texte, de distinguer entre la preuve de l'existence du mandat et la preuve de son étendue, à supposer que son existence soit, par hypothèse, établie. La règle posée au texte ne vise que la première de ces questions de preuve. Voy. sur la seconde, § 412, texte et note 11 *bis*.]

[3] Civ. cass., 7 mars 1860, Sir., 60, 1, 542. Metz, 10 janvier 1867, Sir., 67, 2, 313. Civ. rej., 7 décembre 1868, Sir., 69, 1, 160. [Bordeaux, 10 juin 1872, Sir., 72, 2, 232. Cass., 19 juillet 1894, Sir., 94, 1, 439. Besançon, 21 juin 1893, sous Req., 14 juin 1895, Sir., 96, 1, 407.] Cpr. Req. rej., 10 juin 1841, Sir., 41, 1, 861 ; Req. rej., 7 mars 1842, Sir., 42, 1, 207. Voy. en sens contraire : Troplong, n° 145.

[3 *bis*. Cass., 15 mars 1886, Sir., 86, 1, 296. Cpr. Cass., 24 avril 1882, Sir., 83, 1, 64. Cass., 11 juillet 1883, Sir., 84, 1, 389. Cpr. dans un ordre d'idées différent : Cass., 5 mai 1879, Sir., 81, 1, 412.]

[3 *ter*. Cass., 29 avril 1889, Sir., 90, 1, 119.]

tence d'un mandat peut, en général, être passé, soit en forme authentique, soit sous seing privé[4].

Il est cependant des cas dans lesquels la loi exige explicitement une procuration authentique[5].

D'un autre côté, la procuration donnée à l'effet de passer un acte que la loi soumet à l'authenticité, en vue de garantir la pleine liberté et l'entière indépendance de celui au nom duquel il doit être fait, est elle-même assujettie à la forme authentique[6]. C'est ainsi que le mandat de constituer une hypothèque, ou de représenter l'un des futurs époux dans son contrat de mariage, doit être constaté par une procuration authentique[7].

[Enfin, il se peut, s'agissant du mandat donné par le gérant d'une société à un tiers, que les statuts de la société imposent au mandant l'observation de certaines formes[7] *bis*.]

2° La capacité requise pour pouvoir conférer un mandat se détermine d'après la nature de l'affaire qui en forme l'objet. Si cette affaire consiste dans un acte d'administration, le mandat pourra être conféré par toute personne ayant l'administration de sa fortune, par exemple, par un mineur émancipé. Si, au contraire, il s'agit d'un acte de disposition, le mandat ne pourra être donné que par une personne capable de disposer de ses biens.

Le mandat peut être valablement conféré même à une personne incapable de s'obliger[8], en ce sens que, malgré l'incapacité du mandataire, le mandant se trouvera lié par l'exécution du mandat, tant envers ce dernier qu'envers les tiers avec lesquels il aura contracté, et que, réci-

[4] Civ. cass., 6 février 1837, Sir., 37, 1, 201. — Cpr. sur le mandat donné à l'effet, soit d'accepter une succession sous bénéfice d'inventaire, soit d'y renoncer : § 612, note 9 ; § 613, note 7.

[5] Cpr. art. 36, 66, 933 du Code Napoléon ; art. 216 et 218 du Code de procédure.

[6] Art. 933. Loi du 21 juin 1843, art. 2. Loi du 23 mars 1855, art. 9, et arg. de ces articles.

[7] Cpr. § 266, texte n° 2, et note 49 ; § 502, texte n° 1, et note 1.

[7 *bis*. Cpr. Civ. rej., 26 nov. 1878, Sir., 79, 1, 79. Cpr. § 382, note 2.]

[8] Cpr. cep. art. 1028, 1029 et 1030.

proquement, les tiers seront liés envers le mandant [9]. Mais l'incapable, qui a accepté un mandat, peut en opposer la nullité, lorsqu'il est recherché, soit pour inexécution des obligations résultant de ce contrat, soit en reddition de compte, sauf l'action *de in rem verso* qui, dans ce dernier cas, peut appartenir au mandant. Art. 1990 [10]. Du reste, l'incapable qui aurait frauduleusement détourné les objets que le mandant lui avait confiés, pourrait être recherché en dommages-intérêts à raison du délit par lui commis [11].

3° Tout acte juridique est susceptible d'être l'objet d'un mandat, à moins que, d'après sa nature ou en vertu d'une disposition de la loi, il ne puisse être fait que par la personne qu'il intéresse [12].

Un mandat n'est valable qu'autant que l'affaire qui en forme l'objet, est licite en elle-même [13] et ne se trouve pas interdite au mandant.

Mais rien n'empêche qu'une personne à qui la loi défend de faire certains actes pour son propre compte,

[9] Rouen, 27 février 1855, Sir., 56, 2, 22.

[10] Quoique l'art. 1990 ne parle que des mineurs émancipés, il ne faut pas en conclure, par arg. *a contrario*, qu'un mandat ne puisse pas être valablement conféré à un mineur non émancipé. Cet article n'a point été rédigé dans un esprit d'exclusion ; il a bien moins pour objet d'énumérer les personnes capables de recevoir un mandat, que de déterminer les effets de l'acceptation du mandat conféré à une personne jouissant de l'administration de sa fortune, sans en avoir la disposition. Le législateur paraît, dans cette circonstance, avoir été préoccupé de la crainte qu'on n'envisageât comme un simple acte d'administration, l'acceptation d'un mandat qui aurait pour objet un acte de cette nature, et qu'ainsi, on ne considérât comme valablement obligés par suite de cette acceptation, et le mineur émancipé, et la femme mariée qui se serait réservé l'administration de ses biens. Cpr. Delvincourt, III, p. 239 ; Duranton, XVIII, 212 ; Troplong, 332 ; Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, I, 54 et 55 ; Zachariæ, § 411, texte et note 3 ; Rouen, 27 février 1855, Sir., 56, 2, 22. Voy. en sens contraire : De Fréminville, *De la minorité*, II, 941 *ter*.

[11] Art. 1310. Code pénal, art. 408.

[12] C'est ce qui a lieu, par exemple, pour la célébration du mariage (cpr. § 466, note 8), et pour la prestation d'un serment. Code de procédure, art. 121. Voy. aussi : Code de procédure, art. 877.

[13] Turin, 12 décembre 1807, Sir., 7, 2, 716.

ne reçoive mandat de les faire au nom et pour le compte d'un tiers [14].

§ 412.

Des diverses espèces de mandats, sous le rapport de leur étendue.

Le mandat est général lorsque, d'une part, il embrasse toutes les affaires du mandant, et que, d'autre part, il confère au mandataire le pouvoir de faire, au nom et pour le compte de ce dernier, tous les actes juridiques susceptibles d'être accomplis par un mandataire. Le mandat qui ne présente pas ce double caractère n'est que spécial, quelle qu'en soit d'ailleurs l'étendue. Ainsi, est spécial le mandat relatif à toutes les affaires du mandant, mais qui ne confère au mandataire que des pouvoirs limités à certains actes juridiques d'une nature déterminée. Il en est de même du mandat qui confère au mandataire des pouvoirs illimités sous le rapport des actes juridiques qu'il est autorisé à faire, mais qui ne s'applique qu'à une ou plusieurs affaires déterminées. Art. 1987.

Le mandat de gérer, soit toutes les affaires, soit certaines affaires du mandant, n'embrasse que les actes d'administration, lorsqu'il est conçu en termes généraux ; peu importe que ces termes confèrent simplement au mandataire le pouvoir de faire tout ce qui lui semblera convenable aux intérêts du mandant, ou qu'ils lui donnent même la faculté de faire tout ce que le mandant serait lui-même habile à faire [1]. Art. 1988, al. 1 [2].

[14] Ainsi le mandataire chargé de vendre certains objets peut, quoiqu'il lui soit interdit de les acheter pour lui-même, recevoir mandat de les acheter pour le compte d'un tiers. Duranton, XVIII, 207.

[1] *Observations du Tribunal* (Locré, *Lég.*, XV, p. 227, n° 2). Zachariæ, § 413, texte et note 5. [En tout cas, le mandat visé au texte comprend, en principe, tous les actes d'administration nécessaires à son exécution. Cpr. Dijon (motifs), 21 juillet 1869, sous Cass., 25 nov. 1873, Sir., 74, 1, 105.]

[2] Il ne faut pas confondre le mandat général avec ce que l'art. 1988

Le pouvoir à l'effet de passer ou de faire des actes de disposition ne peut résulter que d'un mandat exprès, c'est-à-dire d'un mandat qui autorise le mandataire, en termes formels, à passer ou à faire tels ou tels actes rentrant dans cette catégorie. Art. 1988, al. 2.

Mais il n'est pas nécessaire qu'un pareil mandat indique, d'une manière particulière et déterminée, l'affaire ou les affaires qui devront en faire l'objet. Ainsi, le mandat de vendre les immeubles du mandant, de constituer des hypothèques, ou de contracter des emprunts, est suffisant pour autoriser le mandataire à passer des actes de cette nature, bien qu'il n'indique pas nominativement les immeubles à vendre ou à donner en hypothèque, et qu'il ne fixe pas le montant de la somme à emprunter [3] [ou la personne du prêteur [3] *bis*]. Il en serait cependant autrement du mandat conféré dans ces termes par une femme mariée, soit à son mari, soit à un tiers avec l'autorisation de ce dernier [4].

Lorsque la loi exige, pour la passation d'un acte, un mandat spécial, ce mandat doit nominativement indiquer l'affaire en vue de laquelle il est donné [5]. Il serait insuffisant, si, tout en déterminant la nature de l'acte à passer, il laissait au mandataire la liberté de faire usage de son pouvoir toutes les fois que l'occasion s'en présenterait.

Le mandat de faire les actes d'administration autorise notamment le mandataire à louer, pour la durée ordinaire des baux, les choses dont la gestion lui est confiée [6],

appelle *un mandat conçu en termes généraux*. Un mandat relatif seulement à une ou plusieurs affaires déterminées, et par conséquent spécial de sa nature, peut être conçu en termes généraux ; et d'un autre côté, le mandat, quoique relatif à toutes les affaires du mandant, n'est que spécial, s'il a été conçu en termes généraux, puisqu'il est restreint aux actes d'administration.

[3] Pont, I. 900, Civ. rej., 6 décembre 1858, Sir., 59, 1, 678. Req. rej., 6 février 1861, Sir., 62, 1, 72. Cpr. Req. rej., 18 mars 1840, Sir., 40, 1, 201.

[3 *bis*, Cass., 11 juillet 1883, Sir., 84, 1, 389.]

[4] Voy. sur ce point : § 472, texte n° 6.

[5] Cpr. art. 36, 66, 412 et 1356 ; Code de procédure, art. 198, 216, 352 et 556.

[6] Arg. art. 595 et 1718 cbn. art. 1429. Zachariæ, § 413, texte et note 4.

à passer les conventions nécessaires pour leur entretien ou leur exploitation, à intenter les actions possessoires et celles qui tendraient à interrompre une prescription, à poursuivre le remboursement des créances et à en donner décharge, enfin, à aliéner les récoltes, ainsi que les autres choses mobilières qui, d'après leur nature, sont destinées à être vendues, ou se trouvent sujettes à dépérissement[7].

Mais ce mandat ne confère pas le pouvoir d'accepter ou de répudier une succession, ni celui de provoquer le partage des choses indivises entre le mandant et des tiers, ni, en général, celui d'intenter des actions réelles immobilières[8].

Le mandat spécial de faire certains actes d'une nature déterminée doit être restreint aux actes pour lesquels il a été donné, et ne peut être étendu à d'autres actes analogues, ni même à des actes qui pourraient, jusqu'à un certain point, être envisagés comme une suite naturelle de ceux que le mandataire a été chargé de faire. Ainsi, le pouvoir de transiger ne donne pas celui de compromettre[9], et le pouvoir de vendre n'emporte pas celui d'hypothéquer. Ainsi encore, le pouvoir de vendre un immeuble ne confère pas, en général, celui d'en toucher le prix. Art. 1989 et arg. de cet article[10]. [Ainsi

Cpr. Paris, 27 novembre 1813, Sir., 15, 2, 61 ; Req. rej., 28 janvier 1868, Sir., 68, 1, 174.

[7] Duranton, XVIII, 229. Zachariæ, § 413. Bruxelles, 21 décembre 1807, Sir., 7, 2, 988.

[8] Arg. art. 464 et 465. Zachariæ, § 413. Cpr. Bruxelles, 13 février 1809, Sir., 10, 2, 531 ; Aix, 10 juin 1833, Sir., 33, 2, 643.

[9] Cpr. Zachariæ, § 413, note 6; Aix, 6 mai 1812, Sir., 13, 2, 205. [Cpr. cep. § 535, texte et note 19 *bis*.]

[10] Cpr. Paris, 21 avril 1806, Sir., 6, 2, 473 ; Turin, 2 février 1811, Sir., 11, 2, 415 ; Bourges, 19 décembre 1821, Sir., 21, 2, 9 ; Bordeaux, 22 janvier 1827, Sir., 27, 2, 65 ; Pau, 17 mars 1829, Sir., 30, 2, 15 ; Bordeaux, 21 décembre 1832, Sir., 33, 2, 205 ; Req. rej., 19 février 1834, Sir., 34, 1, 748 ; Req. rej., 22 avril 1834, Dalloz, 1834, 1, 228 ; Req. rej., 26 mars 1834, Sir., 34, 1, 760. Douai, 13 mai 1836, Sir., 36, 2, 450 ; Req. rej., 1er avril 1839, Sir., 39, 1, 379 ; Rouen, 9 novembre 1839, Sir., 40, 2, 80 ; Rouen, 26 janvier 1853, Sir., 55, 2, 663. Voy. cep. Paris, 17 mars 1829, Sir., 29, 2, 17.

encore, dans un ordre d'idées plus spécial, le mandataire, chargé par des associés de vérifier les comptes de la société, et de toucher leurs intérêts ou dividendes, ne peut approuver l'application faite par le gérant desdits intérêts ou dividendes au redressement de certains éléments de l'acte constitutif de la société [10] *bis*.]

Toutefois, le pouvoir de conclure une affaire déterminée, autorise le mandataire à faire tous les actes juridiques qui, d'après la nature de cette affaire, s'y trouvent virtuellement compris, comme moyens d'exécution ou comme suites nécessaires du mandat [11].

C'est au juge du fait qu'il appartient de déterminer, d'après les faits et les circonstances de la cause, l'étendue du mandat, les règles de preuve qui ont été rappelées au § 411 ne concernant que la preuve de l'existence du mandat, mais non pas celle de son étendue [11] *bis*.]

[Il y a lieu, d'ailleurs, de réserver, pour l'application des règles qui précèdent, relativement à l'étendue du mandat, les hypothèses régies par des textes spéciaux, notamment par des textes de la loi commerciale [11] *ter*.]

§ 413.

Des obligations du mandataire.

1° Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat, et d'apporter à la gestion de l'affaire ou des affaires dont il s'est chargé, les soins d'un bon père de famille. Art. 1992, al. 1, cbn. 1137. Il est responsable envers le mandant du dommage qu'il peut lui avoir occasionné,

[10 *bis*. Cass., 24 janvier 1899, Sir., 1900, 1, 10.]

11 Duranton, XII, 51. Zachariæ, § 413, texte et note 7. Cpr. Pothier, *Des obligations*, n° 477 ; Larombière, *Des obligations*, III, p. 88, n° 6.

[11 *bis*. Montpellier, 8 juillet 1862, Sir., 62, 2, 458. Cass., 26 nov. 1878, Sir., 79, 1, 69. Cass., 11 juillet 1883, Sir., 84, 1, 389. Cass. 8 nov. 1881, Sir., 82, 1, 12. Cpr. Cass., 22 mars 1880, Sir., 81, 1, 166.]

[11 *ter*. Cpr. Civ. rej. 19 février 1884, Sir., 86, 1, 69. (Loi du 24 juillet 1867, art. 17 : substitution possible par l'autorité judiciaire d'un mandataire nouveau à celui que les actionnaires de la société ont choisi et qui se trouve dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions).]

soit par l'inexécution totale ou partielle du mandat, soit par les fautes qu'il aurait commises dans sa gestion, [à supposer d'ailleurs que le mandant n'en partagât pas la responsabilité[1] *bis*, et même, dans certains cas, par événement qu'il aurait pu et dû prévoir[1] *ter*]. Art. 1991 suite d'un et 1992, al. 1[1].

[Les fautes ou omissions imputées au mandataire

[1 *bis*. Dijon, 17 avril 1873, Sir., 74, 2, 112. Cpr. Cass., 10 août 1870, Sir., 72, 1, 229.]

[1 *ter*. Cela dépend des termes dans lesquels a été donné et accepté le mandat. Cass., 19 déc. 1876, Sir., 77, 1, 200.]

[1] Cpr. Paris, 29 mars 1811, Sir., 11, 2, 217 ; Aix, 23 avril 1813, Sir., 13, 2, 277 ; Paris, 26 novembre 1816, Sir., 17, 2, 236. [Req. 17 août 1875, Sir., 75, 1, 406. Cass., 7 février 1881, Sir., 81, 1, 298. Cass., 28 février 1881, Sir., 82, 1, 32. Cass., 8 déc. 1884, Sir., 86, 1, 303. Cass., 21 janvier 1890, Sir., 90, 1, 408. Cpr. spécialement : en matière d'achats et de ventes de valeurs mobilières, Req. 2 juillet 1900, Sir., 01, 1, 445. Req., 27 déc. 1904, Sir., 05, 1, 485 : en matière de prise de brevet, Civ. rej., 16 déc. 1901, Sir., 06, 1, 486. Plus généralement, Req., 27 avril 1900, Sir., 01, 1, 392. Req. 10 juillet 1902, Sir., 05, 1, 87. Req., 24 février 1909, Sir., 09, 1, 156. Voy. enfin, pour une hypothèse particulière d'aggravation de responsabilité du mandataire qui s'est fait conférer par son mandant le droit de diriger seul les procès engagés contre celui-ci : Req. 15 mars 1904, Sir., 05, 1, 188. Nous devons d'ailleurs faire ici une place à part à la responsabilité du notaire, en tant qu'il agit et instrumente comme mandataire des parties ou de l'une d'elles. Voy., dans cet ordre d'idées, les arrêts suivants : Paris, 4 août 1873, Sir., 73, 2, 216. Grenoble, 24 mars 1874, Sir., 74, 2, 179. Cass., 13 août 1874, Sir., 75, 1, 208. Cass., 15 déc. 1874, Sir., 75, 1, 212. Angers, 14 janvier 1875, sous Cass., 2 août 1875, Sir., 75, 1, 455. Cass., 28 avril 1875, Sir., 76, 1, 403. Amiens, 25 juin 1877, Sir., 77, 2, 206. Cass., 30 mai 1881, Sir., 82, 1, 8, Cass., 21 octobre 1885, Sir., 86, 1, 173. Cass., 28 mai 1888, Sir., 89, 1, 78. Poitiers, 11 nov. 1889, Sir., 90, 2, 192. Cass., 18 janvier 1892, Sir., 92, 1, 255. Grenoble, 11 juillet 1893, sous Cass., 1895, 1, 211. Bourges, 24 juillet 1899, Sir., 99, 2, 298. Lyon, 20 mars 1900, Sir., 02, 2, 83. Cpr. Toulouse, 24 mars 1879, Sir., 79, 2, 149. Cass., 13 mars 1900, Sir., 03, 1, 26. (Dans ces deux hypothèses, la qualité de mandataire du notaire faisait défaut.) Cpr. d'ailleurs sur le principe de la distinction des rôles du notaire en dehors de toute question de responsabilité. Cass., 22 octobre 1906, Sir., 08, 1, 329, et en matière de secret professionnel, Grenoble, 13 août 1902, Sir., 05, 2, 95. Voy. enfin pour le cas où le notaire interviendrait comme *negotiorum gestor* des créanciers inscrits, l'arrêt précité de la Cour de Bourges, du 24 juillet 1899. Ces règles sur la qualité de mandataire possible des parties du notaire qui reçoit l'acte ont été étendues aux notaires étrangers par la Cour de Nancy, 15 décembre 1874, Sir., 75, 2, 318.]

peuvent, d'ailleurs, ne pas engager sa responsabilité envers le mandant, lorsque celui-ci a été avisé en temps utile pour qu'il dépendît de lui d'en éviter les conséquences, et que, ne l'ayant pas fait, il est réputé avoir acquiescé aux errements suivis pour la gestion de ses intérêts [1] *quater.*]

Sa responsabilité doit être appréciée moins rigoureusement, lorsque le mandat est gratuit, que quand il est salarié [2]. Art. 1992, al. 2. Du reste, le mandataire n'est pas admis à compenser, avec les pertes qu'il a fait éprouver au mandant, les profits que, d'un autre côté, il peut lui avoir procurés [3].

2° Le mandataire doit se renfermer dans les limites de ses pouvoirs. S'il les dépasse, il devient, selon les circonstances, passible de dommages-intérêts, soit envers le mandant, soit même envers les tiers avec lesquels il traite : [le tout, réserve faite du point de savoir quelles conséquences peut avoir le refus du mandant d'agir contre les tiers avec lesquels le mandataire a traité en dehors des limites de ses pouvoirs [3] *bis.*]

3° Le mandataire doit rendre compte [[3] *ter*] de sa gestion [4] et faire état au mandant de tout ce qu'il a reçu par suite du mandat.

[1] *quater.* Req. 3 janvier 1900, Sir., 01, 1, 321 (note Wahl).]

[2] Le mandataire qui ne doit recevoir aucun salaire, ou qu'un salaire très modique, ne peut, par ce motif, être affranchi de toute responsabilité. Zachariæ, § 413, note 3, *in fine.* Civ. cass., 2 janvier 1832, Sir., 32, 1, 319. [Cass., 28 février 1881, Sir., 82, 1, 32. Cass., 21 janvier 1890, Sir., 90, 1, 408. Cpr. Cass., 3 février 1909, Sir., 09, 1, 328. Voy. en particulier sur la responsabilité du notaire chargé par l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué, de payer les créanciers inscrits. Cass., 10 février 1875, Sir., 76, 1, 404. Cpr. encore : sur l'aggravation de la responsabilité du mandataire, et sur les conséquences de cette aggravation, au point de vue du détail de la condamnation portée contre lui, lorsqu'il est salarié et que d'autres circonstances de fait s'ajoutent à celle-ci : Dijon, 21 juillet 1869, sous Cass., 25 nov. 1873, Sir., 74, 1, 105. Cpr. texte et notes 6 *ter* et 6 *quater infra.*]

[3] Arg. art. 1850. Duranton, XVIII, 244.

[[3] *bis.* Cpr. Cass., 10 avril 1878, Sir., 78, 1, 466.]

[[3] *ter.* Voy. sur la procédure de la reddition des comptes, Code de procédure civile, art. 527 et suiv., et sur les formes de la reddition de comptes en dehors de toute procédure contentieuse, Cass., 23 déc. 1908, Sir., 10, 1, 453.]

[4] Cpr. cep. Req. rej., 11 janvier 1843, Sir., 43, 1, 443.

Il doit même compte des sommes qui, n'étant pas réellement dues au mandant, auraient été indûment payées. Art. 1991. Mais cette règle ne serait plus applicable au cas où, par suite d'une erreur matérielle commise dans la numération des espèces, le mandataire, un garçon de caisse, par exemple, aurait reçu une somme supérieure à celle qu'il était charger de toucher et que l'on a entendu lui payer[5].

Le mandataire qui a employé à son usage personnel des deniers appartenant au mandant [[5] *bis*, ou qui en a dissimulé la recette], en doit, de plein droit, les intérêts à compter du jour de cet emploi[6] [et au taux de la loi du lieu de l'emploi[6] *bis*, ou du jour de l'omission[6] *ter*. Il en serait de même des sommes que le mandataire aurait fictivement portées en dépenses : il en devrait l'intérêt du jour de l'énonciation erronée dans ses écritures[6] *quater*.] Art. 1996. Il peut même, [indépendamment des conséquences pénales[6] *quinquies*], et selon les circonstances, être condamné à de plus amples dommages-intérêts, si, en retenant des deniers qu'il avait reçus pour en faire un usage déterminé, il a négligé d'exécuter le mandat à lui confié[7]. Quant au reliquat

[5] Req. rej., 10 juin 1868, Sir., 68, 1, 432. [Cass., 24 juillet 1900, Sir., 01, 1, 9 (note critique de M. Tissier, mais seulement sur la qualification de mandataire, appliquée au garçon de caisse visé au texte et dans l'arrêt. Cpr. § 410, note 2.]

[[5] *bis*. Voy sur la question de preuve, Cass., 27 février 1884, Sir., 84, 1, 213. Cass., 6 août 1889, Sir., 91, 1, 518.]

[6] Cpr. Civ. rej., 19 décembre 1853, Sir., 54, 1, 701. [Cass., 28 mai 1872, Sir., 73, 1, 149.] — Ces intérêts ne se prescrivent point par cinq ans. *Nec obstat* art. 2277. Cpr. § 774. [*Adde* : Cass., 7 mars 1887, Sir., 90, 1, 295.]

[[6] *bis*. Civ. rej., 23 mai 1882, Sir., 84, 1, 413.]

[[6] *ter*. Cass., 25 nov. 1873, Sir., 1874, 1, 105.]

[[6] *quater*. Cass., 25 nov. 1873, précité.]

[[6] *quinquies*. Cass., 12 déc. 1874, Sir., 1875, 1, 187. Cpr. Cass., 22 février 1877, Sir., 77, 1, 440.]

[7] *Nec obstat* art. 1153, al. 1. Par exemple, si le mandataire avait employé à son propre usage des deniers destinés à acquitter une dette du mandant, et qu'à défaut de paiement ce dernier eût été poursuivi par le créancier, il lui serait dû, à raison des frais de la poursuite, des dommages-intérêts indépendants de l'intérêt légal de la somme remise au mandataire. Duranton, XVIII, 246.

dont le mandataire se trouve débiteur par suite de sa gestion, il n'en doit les intérêts qu'à partir de sa mise en demeure[8]. Art. 1996. [Mais il les doit, en pareil cas, même si sa dette n'est pas liquide[8] *bis*. Et cette règle s'applique aux intérêts de la somme qu'il a reçue par erreur et de bonne foi, au delà de ce qui lui était dû pour son salaire[8] *ter*].

Lorsqu'un mandat a été donné à plusieurs personnes conjointement, il n'y a pas, à moins de convention contraire, de solidarité entre elles[9]. Art. 1995.

Quand la solidarité a été stipulée, chacun des mandataires répond, *in totum et totaliter*, des suites de l'inexécution du mandat, et même des conséquences des fautes commises par ses comandataires[10]. Mais, dans ce cas-là

[8 Civ. cass., 11 juillet 1883, Sir., 84, 1, 323.] Cette mise en demeure peut résulter d'une simple sommation. Art. 1139. *Nec* [*obstabat*] art. 1153 [ancien] al. 3 : Le mandataire qui ne paie pas le reliquat de son compte, après avoir été sommé de le faire, doit être présumé avoir employé à son usage personnel les deniers du mandant. Duranton, XVIII, 248. Zachariæ, § 413, note 11. Cpr. Bourges, 13 avril 1840, Sir., 40, 2, 527. [La rédaction nouvelle de l'art. 1153 (loi du 7 avril 1900) supprime d'ailleurs toute difficulté sur ce point.] Mais [même depuis ladite loi du 7 avril 1900], la mise en demeure ne résulterait pas d'une simple demande en reddition de compte, qui n'aurait pas été accompagnée de conclusions tendant au paiement des intérêts du reliquat. Req. rej., 20 avril 1863, Sir., 63, 1, 416. [Cpr. pour l'hypothèse contraire : Cass., 25 nov. 1873, Sir., 74, 1, 105. Cass., 3 juin 1896, Sir., 97, 1, 178. Cass., 16 juin 1903, Sir., 05, 1, 260. Elle ne résulterait pas davantage de la seule saisie-arrêt pratiquée par le mandant entre les mains du débiteur du mandataire. Cass., 21 août 1872, Sir., 72, 1, 279. Elle ne résulterait pas non plus de la citation en conciliation non suivie d'une demande en justice. Cpr. Cass., 6 déc. 1880, Sir., 82, 1, 364.]

[8 *bis*. Cass. 8 juin 1896, Sir., 97, 1, 178. Cass., 16 juin 1903, Sir., 05, 1, 260.]

[8 *ter*. Req. 19 juillet 1875, Sir., 75, 1, 464.]

9 L'art. 1033 apporte une exception à cette règle. Voy. aussi sur le cas de faute commune et concertée entre les comandataires : Paris, 28 avril 1836, Sir., 36, 2, 263 ; Civ. cass., 29 décembre 1852, Sir., 53, 1, 91 ; Req. rej., 3 mai 1865, Sir., 65, 1, 251.

10 Cette proposition n'est pas contraire à l'art. 1205 et aux explications que nous avons données sur cet article (§ 298 *ter*, texte n° 3, notes 29 et 30). Le mandat impose *ab initio*, et par sa nature même, au mandataire, l'obligation d'accomplir, d'une manière régulière et complète, les

même, l'un des mandataires n'est pas responsable de ce que l'autre peut avoir fait en dehors des limites du mandat [11].

Au cas où la solidarité n'a pas été stipulée, chacun des mandataires ne répond que des fautes ou des faits qui lui sont personnels[12]. [En cas de fautes communes de deux mandataires non solidaires, il dépend du pouvoir souverain du juge du fait, lors au moins que la responsabilité desdits mandataires n'est pas fondée sur un fait unique et indivisible, de faire peser sur l'un d'eux une responsabilité plus grande que sur l'autre, et de le condamner à la réparation du préjudice causé, dans une proportion plus élevée que l'autre [12] *bis*. Les propositions qui précèdent s'appliquent, d'ailleurs, sans qu'il y ait à distinguer entre le cas où les deux comandataires sont salariés, et le cas où l'un des comandataires avait accepté gratuitement le mandat [12] *ter*.] Quant aux dommages-intérêts qui peuvent être dus par suite de l'inexécution du mandat, chacun des mandataires en est tenu pour une portion virile, et n'en est tenu que pour cette portion. Si cependant, d'après les termes d'un mandat conféré à plusieurs personnes, l'un des mandataires ne pouvait agir sans le concours des autres [13], celui qui, par son refus de coopérer à l'exécution du mandat, aurait occasionné un dommage au mandant, serait seul passible de dommages-intérêts envers ce dernier, et il en serait tenu pour le tout.

actes qui en forment l'objet. Et les dommages-intérêts auxquels le mandant peut avoir droit en raison de l'inexécution du mandat ou de son exécution fautive, ne sont pas la conséquence d'une obligation nouvelle et secondaire, mais la représentation de l'obligation originaire et principale du mandataire. Il en résulte que, si le mandat a été solidairement conféré à plusieurs, chacun des mandataires est tenu *in totum* des dommages-intérêts, tout comme les débiteurs solidaires d'un corps certain sont, en cas de perte causée par la faute de l'un d'eux, tenus *in solidum* de payer le prix de la chose. L. 60, § 2, D. *mand.* (17, 2). Cujas, lib. I, *Resp. Scævolæ, ad dict. leg.*

[11] Civ., cass., 6 avril 1841, Sir., 41, 1, 592.

[12] Aix, 29 décembre 1843, Sir., 44, 2, 447.

[12 *bis*. Req. 31 janvier 1899, Sir., 1900, 1, 492.]

[12 *ter*. Cass., 2 mars 1891, Sir., 95, 1, 493.]

[13] Cpr. à cet égard, art. 1857 et 1858. Zachariæ, § 413, texte et note 12.

4° Le mandataire est, en général [13 *bis*], autorisé à charger un tiers de l'exécution du mandat [14].

[13 *bis*. Cela cesse d'être vrai, par exemple, en matière d'administration de sociétés anonymes. Loi du 24 juillet 1867, art. 22. Paris, 13 février 1896, Sir., 98, 2, 195 (note Wahl). Cass. (mêmes parties), 22 mai 1896, Sir., 98, 1, 542.]

[14] Maleville, sur l'art. 1994. Zachariæ, § 413, texte et note 13. — M. Troplong (n° 446) conteste l'exactitude de cette proposition, qui renverse, selon lui, la vérité de la situation, en ce qu'elle signale comme un droit, *un agissement* que la loi ne tolère qu'aux risques et périls du mandataire. « Si ce dernier, dit-il, usait d'un droit, il ne serait pas responsable des faits du substitué (arg. du n° 2 de l'art. 1994). C'est parce qu'il s'écarte de ses devoirs que la loi l'identifie avec le substitué, et fait peser sur lui tous les écarts de conduite de ce dernier ». Suivant M. Troplong, le mandataire manquerait à une loi essentielle de la convention, en déléguant à un étranger un office qui n'avait été confié qu'à lui seul et en vue de sa personne ; et c'est en raison de la faute qu'il commettrait par le fait même de la substitution, qu'il devrait la réparation de tout le dommage occasionné par la mauvaise gestion de son substitué. Cette théorie n'est pas celle du Droit romain. Voy. L. 8, § 3, D. *mand.* (17, 1) ; L. 28, D. *de neg. gest.* (3, 5) ; L. 2, *in fine*, D. *si mensor fal. mod. dix.* (11, 6). Il ressort évidemment de tous ces textes que le mandataire jouit, en général, de la faculté de substituer ; et c'est aussi ce qu'enseignent les romanistes modernes les plus accrédités. Cpr. Hofacker, *Principia juris civilis*, III, § 2011 ; Thibaut, *System des Pandektenrechts*, III, § 267 ; Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, II, § 429 ; Puchta, *Pandekten*, § 324. La doctrine de M. Troplong n'est pas davantage celle du Droit canonique. Voici en effet ce que nous lisons dans une décrétale du pape Boniface VIII : « Procurator non aliter censetur idoneus ad matrimonium contrahendum, quam si ad hoc mandatum habuerit speciale. *Et, quamvis alias is qui constituitur ad negotia procurator alium dare possit*, in hoc tamen casu non poterit deputare alium, nisi hoc eidem specialiter sit concessum. » *Cap. ult. de procur. in sexto* (I, 19). Pothier (n°s 90 et 99) professait, il est vrai, la doctrine que M. Troplong cherche à faire prévaloir. Mais Pothier avait le mérite d'être conséquent : partant de l'idée que le mandataire qui n'a pas reçu pouvoir de substituer, doit être considéré comme ayant excédé les limites du mandat, lorsqu'il a fait, non par lui-même, mais par un autre, l'affaire dont il était chargé, Pothier n'hésite pas à dire que ce qui a été ainsi fait n'oblige pas le mandant, s'il ne juge à propos de le ratifier. M. Troplong, au contraire, répudie formellement cette conséquence, qu'il n'était plus possible d'admettre en présence de l'art. 1994 et de la discussion à laquelle il a donné lieu au Conseil d'État. Cpr. Locré, *Lég.*, XV, p. 223, n° 7. Il reconnaît ainsi virtuellement que le mandataire n'excède pas, en substituant, les limites du mandat, ou, ce qui revient absolument au même, que, sauf la responsabilité à laquelle il se soumet, il est autorisé à substituer. Or, nous ne disons pas autre chose, car nous

Mais il répond, [au moins en principe[14] *bis*], de la personne qu'il s'est substituée, lorsqu'il n'a pas expressément reçu le pouvoir de le faire, ou lorsque, ayant reçu ce pouvoir sans désignation de la personne qu'il pourrait se substituer, il a fait choix d'un individu notoirement incapable ou insolvable. Art. 1994, al. 1er. [Le tout, réserve faite du cas où il y aurait faute commune du mandant et du mandataire, dans le choix et la surveillance du substitué[14] *ter*.]

Le mandant a, dans tous les cas[[14] *quater*], une action

ajoutons immédiatement : *Mais il répond de la personne qu'il s'est substituée*. Maintenant, serait-il vrai de dire, avec M. Troplong, que le fondement de la responsabilité encourue par le mandataire qui substitue sans avoir reçu pouvoir de le faire, se trouve dans la faute que constituerait le fait même de la substitution? Nous pourrions le concéder sans rien reprendre de ce que nous avons dit : mais, cette concession même, nous ne croyons pas devoir la faire. Il ressort de toute la discussion au Conseil d'État sur l'art. 1994, qu'on a entendu autoriser le mandataire à substituer. Or, il ne saurait y avoir de faute à faire ce que la loi autorise. Ce n'est donc pas dans une prétendue faute, qui ne se comprendrait pas, qu'il faut chercher le fondement de la responsabilité du mandataire. C'est dans l'acceptation du mandat qu'elle réside, dans l'obligation d'exécuter le mandat accepté et de rendre compte de son exécution. Il ne faut pas, en effet, perdre de vue que, si le mandataire est autorisé à substituer, il ne peut cependant, par la substitution, se décharger du mandat. Ce sont là deux idées complètement distinctes : la remarque en a été faite avec beaucoup de justesse par Treilhard. Le mandataire reste donc soumis, même après la substitution, à toutes les obligations résultant du mandat qu'il a accepté ; et c'est dans ces obligations que se trouve la cause de sa responsabilité, parce que, en l'absence d'un pouvoir exprès de substituer, le substitué n'est, [en général], relativement au mandant, que le préposé du mandataire [voy. sur la définition du préposé, § 447, texte et notes 15 *bis* et suiv.], préposé dont ce dernier doit nécessairement répondre, conformément au Droit commun. Art. 1384. Le mandataire, au contraire, a-t-il reçu un pouvoir exprès de substituer, le substitué devient alors l'agent du mandant, agent des faits duquel le mandataire n'est pas responsable, à moins qu'il n'ait commis une faute dans l'exécution du mandat de substituer, en faisant choix d'une personne notoirement incapable ou insolvable. C'est dans ce dernier cas seulement que la responsabilité du mandataire repose sur une idée de faute. Cette idée est complètement inexacte, en tant qu'on voudrait l'appliquer à la première hypothèse.

[14 *bis*. Cpr. Orléans, 1er mars 1907, Sir., 07, 2, 139.]

[14 *ter*. Req. 23 avril 1872, Sir., 72, 1, 207.]

[11 *quater*. Réserve faite de celui où le mandant originaire aurait déjà

personnelle et directe contre le substitué, à raison des obligations que ce dernier a contractées par le sous-mandat qu'il a reçu. Il en résulte que le substitué qui a agi en cette qualité ne peut compenser les sommes dont il doit compte au mandant originaire avec celles dont il peut être créancier du substituant [15] [ou qu'il lui a payées [15] *bis*]. Mais il en serait autrement si, dans l'ignorance du mandat originaire, le substitué avait agi au nom et pour le compte du substituant [16]. [Il résulte encore du principe posé que le mandant conserve contre le substitué l'action directe et personnelle dont il a été parlé, malgré la faillite du mandataire primitif [16] *bis*.]

Le substitué, de son côté, jouit, par suite de l'exécution du mandat, d'une action personnelle et directe contre le mandant [17]. Art. 1994, al. 2. et arg. de cet article.

Du reste, les rapports qui se forment entre le mandataire et la personne qu'il se substitue sont régis par les mêmes règles que les rapports qui existent entre le mandant et le mandataire [18].

réglé ses comptes avec le mandataire substituant. Civ. rej., 4 août 1879, Sir., 81, 1, 299.]

[15] Req. rej., 20 avril 1859, Sir., 59, 1, 298. [Paris, 14 déc. 1866, Sir., 71, 2, 87. Orléans (mêmes parties), 9 juin 1870, *ibid.* Civ. rej. (mêmes parties), 22 mars 1875, Sir., 75, 1, 302. (hypothèse de négociation de valeurs par un agent de change, substitué, en le sachant, au mandataire que le propriétaire de ces valeurs avait chargé de les négocier).] Voy. aussi : Delvincourt, sur l'art. 1999 ; Zachariæ, § 413, texte et note 15.

[15 *bis*. Paris, 14 déc. 1866, Sir., 71, 2, 87. Orléans (mêmes parties), 9 juin 1870, Sir., 71, 2, 87.]

[16] Lyon, 7 décembre 1859, Sir., 60, 2, 206. [Rouen, 13 avril 1870, Sir., 71, 2, 17. Civ. rej. (mêmes parties), 23 février 1874, Sir., 75, 1, 363 (hypothèse de négociation de valeurs par un agent de change, substitué, sans le savoir, au mandataire que le propriétaire de ces valeurs avait chargé de les négocier)].

[16 *bis*. Rouen, 13 avril 1870, Sir , 71, 2, 17.]

[17] Le Droit romain ne reconnaît pas l'existence d'un rapport obligatoire direct entre le mandant et le substitué, pour le cas du moins où le mandataire n'a pas été expressément autorisé à déléguer ses pouvoirs. L. 28, D. *de neg. gest.* (3. 5).

[18] Zachariæ, § 413, texte et note 16. Cpr. Paris, 10 novembre 1812, Sir., 13, 2, 302.

§ 414.

Des obligations du mandant.

1° Le mandant est tenu de rendre le mandataire indemne de toutes les suites [civiles [1] *bis*, même postérieures à la cessation du mandat [1] *ter*], de la gestion qui formait l'objet du mandat [1], pourvu que ce dernier ait apporté les soins convenables à cette gestion, et qu'il n'ait pas dépassé les limites de ses pouvoirs. Le mandant doit donc, dans cette supposition, rembourser au mandataire les sommes que celui-ci a dépensées pour l'exé-

[[1] *bis*. Voy. comme application de cette précision : Civ. cass., 22 nov. 1898, Sir., 01, 1, 239. Le mandant ne serait pas tenu de rembourser au mandataire les amendes que celui-ci aurait encourues dans l'exécution du mandat, notamment à l'étranger. Mais il faut pour cela qu'il s'agisse d'amendes véritables, et il y a parfois difficulté sur ce point. Voy. l'arrêt précité. On peut d'ailleurs se demander, au cas où la qualification de la condamnation prononcée à l'étranger et soumise à l'*exequatur* en France, ne concorderait pas, quant à la distinction des condamnations pénales et des condamnations qui ne présentent pas ce caractère, avec la qualification française correspondante, de telle sorte que ladite condamnation, considérée, dans le pays où elle a été rendue, comme une condamnation à une amende, fût considérée en France, au contraire, comme une condamnation de caractère civil, et réciproquement, quelle serait la qualification à laquelle il y aurait lieu de s'attacher en France, pour l'application de la distinction que nous visons dans la présente note. Cette difficulté ne se présentait pas dans l'arrêt du 22 nov. 1898. J'opterais, en principe, pour la qualification de la loi étrangère. C'est une exception à la doctrine que j'ai développée dans mes *Etudes de droit international privé*. Elle est fondée sur l'idée que la qualification des rapports de droit qui relèvent de l'autonomie de la volonté ne dépend pas de la *lex fori*. Voy. mes *Etudes*, p. 39 et suiv. E. B].

[[1] *ter*. S'agissant d'actes qui se rattachent à l'exécution même du mandat, et qui en sont la conséquence légale et nécessaire. Voy. comme application, en matière de négociation de titres au porteur frappés d'opposition : Paris, 3 déc. 1902, Sir., 04, 2, 289 (note Wahl)].

[1] Le mandat donné par un fonctionnaire public, à raison de ses fonctions, par exemple, la commission donnée à un huissier par un receveur d'enregistrement, de poursuivre des redevables, n'engendre pas d'action personnelle contre le mandant. Req. rej., 24 mars 1825, Sir., 26, 1, 201.

cution du mandat [1 *quater*], avec les intérêts à compter du jour de leur emploi [2], et le libérer des engagements qu'il peut, dans le même but, avoir contractés envers des tiers, en son nom personnel. Art. 1999, al. 1, et 2001 [3]. [Cette obligation est la même, soit que les sommes susvisées aient été dépensées ou que les engagements susvisés aient été pris avant le décès du mandant, soit qu'elles aient été dépensées ou qu'ils aient été pris après cette date, lors au moins qu'il est établi qu'elles ont été dépensées ou qu'ils ont été pris comme une suite nécessaire du mandat dont l'exécution avait commencé avant le décès [3] *bis*.] Il doit, de plus, indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a éprouvées à l'occasion de sa gestion [4], sans imprudence qui lui soit imputable. Art. 2000.

[1 *quater*. Voy. sur la question de preuve, Cass., 12 mai 1886, Sir., 90, 1, 326.]

[2] [Cass., 28 mai 1872, Sir., 73, 1, 149.] Ces intérêts ne sont pas soumis à la prescription de cinq ans. *Nec obstat* art. 2277. Cpr. § 774 [texte et note 29. *Adde :* Req. 12 mars 1878, Sir., 81, 1, 71. On n'assimilera pas, sous ce point de vue, aux sommes visées au texte, les autres créances du mandataire contre le mandant, notamment les émoluments ou salaires à lui dus, en conséquence de l'exécution du mandat. Cass., 21 nov. 1893, Sir., 96, 1, 13. Cpr. enfin, sur l'arrêt du cours de ces intérêts, Cass. 30 octobre 1895, Sir., 97, 1, 394.]

[3] Les notaires qui ont payé de leurs deniers les droits d'enregistrement des actes qu'ils ont faits ou reçus, sont-ils autorisés à invoquer la disposition de l'art. 2001? Voy. pour l'affirmative : Pont, *Revue critique*, 1853, III, p. 259. Voy. pour la négative : Troplong, n° 684 ; Larombière, *Des obligations*, I, p. 592, n° 33 ; Civ. rej., 30 mars 1830, Sir., 30, 1, 131; Req. rej., 24 juin 1840, Sir., 40, 1, 503; Civ. cass., 18 mars 1850, Sir., 50, 1, 381. Nous n'hésitons pas à adopter cette dernière solution, par le motif qu'il ne se forme pas de contrat de mandat entre le notaire et les parties qui ont recours à son ministère. Cpr. § 410, note 2. — Voy. quant aux avoués : Civ. cass., 23 mars 1819, Sir., 19, 1, 327 ; Douai, 29 décembre 1852, Sir., 53, 2, 559.

[3 *bis*. Cass., 6 août 1889, Sir., 91, 1, 518. Arg. art. 1951. Voy. § 416, texte et note 9 *bis*.]

[4] D'après le Droit romain, le mandataire ne peut réclamer d'indemnité que pour les pertes dont l'exécution du mandat a été la cause directe et immédiate. Cpr. L. 26, § 6, D. *mand.* (17, 1). La disposition du Code, qui accorde au mandataire une indemnité pour toutes les pertes qu'il a éprouvées à l'*occasion* de sa gestion, est plus équitable, surtout lorsqu'il s'agit d'un mandat gratuit. Duranton, XVIII, 269. Troplong, n°s 651 et suiv. Cpr Zachariæ, § 414, note 7.

Le mandant ne peut se refuser à l'accomplissement de ces diverses obligations, par le motif que la gestion du mandataire ne lui a pas été profitable, ni demander, en général, la réduction des avances ou déboursés faits par ce dernier, sous le prétexte qu'ils auraient pu être moindres [5]. Art. 1999, al. 2.

2° Le mandant est tenu de payer au mandataire le salaire qu'il lui a promis [6], ou qui peut lui être dû indépendamment de toute promesse expresse [[6] *bis*], lors même que l'affaire dont le mandataire a été chargé n'a pas réussi, à moins toutefois qu'il n'y ait eu faute de la part de ce dernier [7]. Art. 1999.

Les tribunaux sont autorisés à réduire le salaire stipulé, lorsque, par suite de circonstances ultérieures, et notamment d'une transaction conclue par le mandant sans le concours du mandataire, les démarches et les soins de ce dernier se sont trouvés amoindris [8].

Mais on ne saurait leur reconnaître le pouvoir de réduire le salaire promis [avant l'achèvement de l'exécution du mandat [8] *bis*], sous le seul prétexte [[8] *ter*] qu'il

[5] L. 27. § 4, D. *mand.* (17, 1). Pothier, n° 78, Duranton, XVIII, 266. Zachariæ, § 414, note 5. Cpr. Civ. rej., 19 janvier 1831, Sir., 31, 1, 157 ; Paris, 18 avril 1836, Sir., 36, 2, 503.

[6] Cpr. Bordeaux, 5 février 1827, Sir., 27, 2, 102.

[[6] *bis*. Cpr. sur les pouvoirs souverains du juge du fait en ce qui concerne le point de savoir s'il a été ou non promis un salaire, Cass. 28 mars 1887, Sir., 88, 1, 77, et quelle en est la quotité, Cass., 8 janvier 1890, Sir., 90, 1, 516 ; Cass., 30 octobre 1895, Sir., 97, 1, 394. Voy. en particulier, sur l'hypothèse du notaire mandataire salarié de son client, et sur les honoraires par lui réclamés après une administration très longue, au cours de laquelle des sommes considérables ont été encaissées, Cass., 21 mai 1900, Sir., 01, 1, 186.]

[7] [Voy. comme application (en matière de commerce) : Cass., 24 juin 1872, Sir., 75, 1, 156.] Le mandataire dont le mandat est révoqué, cesse d'avoir droit pour l'avenir au salaire promis, encore qu'il continue à soigner les affaires du mandant, et qu'il les gère utilement. Zachariæ, § 414, note 9. Bruxelles, 24 février 1810, Sir., 11, 2, 54. Cpr. Req. rej., 11 mars 1824, Sir., 25, 1, 133.

[8] Civ. rej., 9 mai 1866, Sir., 66, 1, 273. [Paris, 8 juin 1869, Sir., 71, 2, 149.]

[[8] *bis*. Cpr. pour l'hypothèse où le salaire a été fixé entre le mandataire et le mandant après l'exécution du mandat, et où le mandant s'est engagé

serait excessif. Il en est ainsi, en principe, même pour le mandat conféré à un agent d'affaires, à supposer d'ailleurs que le salaire ait été consenti en pleine liberté et connaissance de cause, et qu'il n'y ait à reprocher au mandataire, ni réticence coupable, ni manœuvre dolosive à un degré quelconque[9]. Dans l'hypothèse contraire, la réduction du salaire pourrait être prononcée, bien que l'agent d'affaires se fût chargé de poursuivre les droits du mandant à ses risques et périls[10]. [A plus forte raison, lorsque, sur une demande en reddition de comptes formée contre lui, l'agent d'affaires a reconnu avoir reçu la somme litigieuse, mais prétend qu'elle lui a été remise dans sa totalité, pour règlement définitif de ses frais, déboursés, et honoraires exceptionnels, les juges peuvent-

en pleine connaissance de cause, après avoir pu apprécier les services, soins et démarches du mandataire : Montpellier, 6 février 1893, Sir., 94, 2. 208. Paris, 13 déc. 1894, Sir., 97, 2, 214. Dans cette hypothèse, il serait plus inadmissible encore que les tribunaux réduisissent le salaire stipulé, réserve faite du cas de faute du mandataire, que le mandant n'aurait connue qu'après la fixation du salaire susvisé. Montpellier, 6 février 1893, précité.]

[8 *ter*. Cpr. Montpellier, 6 février 1893, Sir., 94, 2, 208. Bordeaux, 18 juillet 1898, Sir., 99, 2, 235.]

9 Demolombe, *Revue de législation*, 1846, II, p. 445. Domenget, I, 152. Voy. en sens contraire : Troplong, n° 632 ; Req. rej., 11 mars 1824, Sir., 25, 1, 133 ; Paris, 20 novembre 1854, Sir., 54, 2, 688 ; Req. rej., 7 février 1855, Sir., 55, 1, 530 ; Paris, 12 janvier 1856, Sir., 56, 2, 293 ; Bordeaux, 12 février 1857, Sir., 58, 2, 554 ; Paris, 17 mai 1867, Sir., 68, 2, 5. [Civ. cass., 13 février 1872, Sir., 72, 1, 17. Req. 8 avril 1872, Sir., 72, 1, 207. Req. 28 février 1877, Sir., 78, 1, 467. Civ. cass., 13 mai 1884, Sir., 85, 1, 345. Paris, 20 nov. 1894, Sir., 97, 2, 214. Paris, 2 nov. 1905, Sir., 06, 2, 77. Cpr. § 416, note 3 *bis*.] Cette jurisprudence nous paraît contraire au principe de la liberté des conventions, et à la disposition du 1er alinéa de l'art. 1134. [Nous admettrions toutefois, avec la cour de Bordeaux, 18 juillet 1898, Sir., 99, 2, 235, que les tribunaux pourraient réduire comme excessive la rétribution du mandataire salarié, lorsqu'il est établi que le mandataire a mal exécuté le mandat, et a commis, dans l'exécution, des fautes qui auraient pu engager sa responsabilité. Cpr. note 8 *bis supra*.]

10 Req. rej., 18 avril 1855, Sir., 55, 1, 527. Req. rej., 12 janvier 1863, Sir., 63, 1, 249. Cpr. en particulier sur le mandat conféré à un agent d'affaires, pour poursuivre la reconnaissance et la liquidation de droits successifs, dont il a révélé l'existence au mandant : Civ. rej., 7 mai 1866, Sir., 66, 1, 276 ; Paris, 17 mai 1867, Sir., 68, 2, 5.

ils, sans discuter cet aveu, en retenir que ladite somme a été perçue par l'agent d'affaires en cette seule qualité, et en conclure que le règlement prétendument intervenu n'a pas de caractère définitif, de telle sorte que le droit de contrôle et de révision qu'ils se reconnaissent en cette matière puisse être exercé par eux [10] *bis.*]

Lorsqu'un mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune [11], chacun des mandants e t tenu solidairement envers lui de toutes les obligations qui naissent en sa faveur de l'exécution du mandat [12]. Art. 2002.

§ 415.

Des rapports du mandant et du mandataire avec les tiers.

1° Les actes juridiques faits par le mandataire, dans les limites de ses pouvoirs, et au nom du mandant [1 *bis*,

[10 *bis.* Cass., 29 février 1904, Sir., 07, 1, 389.]

11 Cpr. Req. rej., 12 mars 1833, Sir., 33, 1, 302; Req. rej., 7 février 1866, Sir., 66, 1, 93.

12 C'est ce qui a lieu, par exemple, lorsque plusieurs personnes chargent un avoué de les représenter dans un procès qui leur est commun. Zachariæ, § 414, note 11. Orléans, 26 juillet 1827, Sir., 28, 2, 159. Grenoble, 23 mars 1829, Sir., 29, 2, 296. Toulouse, 15 novembre 1831, Sir., 32, 2, 393. — En est-il de même lorsque plusieurs personnes chargent un notaire de rédiger un acte relatif à une affaire qui leur est commune? La Cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative, en partant de la supposition qu'il se forme, entre le notaire et les parties qui ont recours à son ministère, un contrat de mandat. Voy. Civ. cass., 27 janvier 1812, Sir., 12, 1, 198 ; Civ. cass., 26 juin 1820, Sir., 20, 1, 409; Civ. cass., 19 avril 1826, Sir., 26, 1, 396; Civ. cass., 10 novembre 1828, Sir., 29, 1, 79. Voy. aussi dans ce sens : Zachariæ, *loc. cit.* Cette supposition nous paraît erronée. Cpr. § 371 *bis*, note 1 ; et § 410, note 2. Elle se concilie d'ailleurs difficilement avec la solution donnée par la Cour suprême à la question indiquée à la note 3, *supra*. Mais la jurisprudence de la Cour de cassation peut se justifier par cette idée que le notaire agit pour le tout dans l'intérêt de chacune des parties. [Il va de soi, d'ailleurs, qu'il y a lieu de réserver le cas où le juge du fait reconnaîtrait expressément la qualité de mandataire du notaire (voy. § 413, note 1.) Limoges, 27 déc. 1878, Sir., 80, 2, 287.]

[1 *bis.* Voy. pour l'hypothèse contraire, le mandataire devenant alors débiteur personnel et direct du tiers avec lequel il a traité en son

ou, dans les mêmes conditions, par la personne que le mandataire s'est substituée [1] *ter*], doivent être considérés comme ayant été faits par ce dernier personnellement [1 *quater*]. Il en résulte que les droits et les obligations qui naissent de conventions ainsi passées par le mandataire sont directement acquis au mandant, et le lient personnellement envers les tiers avec lesquels le mandataire a traité [1 *quinquies*]. Il en résulte, d'un autre côté, que le mandataire ne peut, ni réclamer, en son nom propre, l'exécution de pareilles conventions, ni être personnellement recherché pour leur exécution. Art. 1998, al. 1er, et arg. de cet article [1 *sexies*].

Ce principe doit être appliqué même au cas où une condamnation a été prononcée contre le mandataire en cette qualité : une pareille condamnation est exécutoire contre le mandant [1].

Un acte est, en ce qui concerne les tiers, censé fait dans

propre nom, sauf son recours contre le mandant, au regard duquel il conserve la qualité de mandataire : Cass., 3 mai 1893, Sir., 97, 1, 487. Cpr. pour l'hypothèse différente où le mandataire tient du mandant la qualité de prête-nom de celui-ci : § 410, texte et notes 9 *bis* à 10. Cpr. avec l'arrêt précité du 3 mai 1893 un arrêt de la Cour de Paris, 13 déc. 1902, Sir., 04, 2, 289 (note Wahl), relatif au caractère du donneur d'ordre en cas de négociation de titres au porteur frappés d'opposition).]

[1 *ter*. Civ. rej., 26 nov. 1878, Sir., 1879, 1, 69.]

[1 *quater*. Voy. comme application Civ. rej., 15 juin 1898, Sir., 99, 1, 209, note approbative de M. Tissier. La Cour de cassation a justement décidé, selon nous, que la règle que nous formulons au texte doit s'entendre, non seulement des actes juridiques eux-mêmes, que le mandataire a faits pour le compte du mandant, mais aussi du caractère que peut donner à ces actes juridiques la connaissance, par le mandataire seul, des conditions dans lesquelles ils ont été faits par lui.]

[1 *quinquies*. Cpr. Poitiers, 6 déc. 1876, Sir., 78, 2, 135. Voy. § 395, note 3. Voy. une application de cette proposition en matière de contrat de transport, pour le cas de réception des marchandises par le mandataire du destinataire : Cass. 6 février 1877, Sir., 77, 1, 276 ; Cass., 16 juillet 1877. Sir., 78, 1, 179. Cette proposition s'entend, d'ailleurs, réserve faite de l'hypothèse d'un concert frauduleux entre le mandataire et le tiers envers lequel il a voulu obliger le mandant. Cass., 14 avril 1908, Sir., 09, 1, 23.]

[1 *sexies*. Voy. une application de cette dernière proposition au mandataire de l'héritier présomptif d'un absent chargé de faire déclarer l'absence et l'envoi en possession provisoire : Cass., 19 nov. 1877, Sir., 79, 2, 269.]

[1] Bordeaux, 11 juillet 1866, Sir., 67, 2, 44.

les limites du mandat, lorsqu'il rentre dans les termes de la procuration [1 *septies*], quand même le mandataire aurait, en raison de circonstances inconnues à ceux avec lesquels il a traité, excédé en réalité les bornes de ses pouvoirs 2.

Il en est autrement, lorsque, par suite d'une erreur non imputable au mandant, et dont il n'a pu avoir connaissance, la copie ou l'expédition de la procuration n'est pas conforme à la minute. En pareil cas, le mandant n'est pas lié par les engagements contractés en son nom, en dehors des pouvoirs réellement conférés au mandataire, et ne peut être recherché en dommages-intérêts pour le préjudice que les tiers auraient éprouvé 3.

[D'ailleurs, les tiers de bonne foi à qui des ordres ont été transmis par le mandataire, ont une action directe contre le mandant qui a profité de l'exécution, et ce, sans être tenu de justifier des termes du mandat 3 *bis*].

2° Les actes juridiques faits au nom du mandant, mais en dehors des limites du mandat [3 *ter*], doivent,

[1 *septies*. Cpr. Aix, 29 déc. 1870, Sir., 70, 2, 211. Cette proposition s'entend même du cas où l'acte visé au texte serait constitutif d'une faute du mandataire envers le mandant. Cass., 20 janvier 1880, Sir., 80, 1, 412.]

2 Par exemple, lorsqu'une procuration porte pouvoir d'emprunter mille francs au nom du mandant, et que le mandataire, après avoir emprunté mille francs de Pierre, en emprunte encore mille de Jacques, sans que celui-ci ait connaissance du premier emprunt, le mandant est obligé tant envers Jacques qu'envers Pierre. Pothier, n° 89. Voy. aussi Req. rej., 16 août 1860, Sir., 61, 1, 288. [Cass., 14 juin 1875, Sir., 75, 2, 368. Cass., 11 avril 1876, Sir., 79, 1, 292. Cass., 5 nov. 1894, Sir., 98, 1, 514.] — Cpr. § 756, texte n° 1, sur le mandat donné sous forme de blanc-seing [*Adde* : Cass., 13 février 1883, Sir., 84, 1, 107. Cass., 14 février 1883, Sir., 86, 1, 67. Cass., 29 déc. 1890, Sir., 1894, 1. 342.]

3 Zachariæ, § 415, note 3. Amiens, 11 mai 1854, Sir., 55, 2, 186.

[3 *bis*. Req. 5 mai 1879, Sir., 81, 1, 412.]

[3 *ter*. Voy. comme exemple Cass., 9 nov. 1903, Sir., 04, 1, 87. Sans qu'il y ait à distinguer suivant qu'il s'agit d'un acte en dehors des limites du mandat valablement donné, ou qu'il s'agit d'un acte en dehors des limites du mandat, parce que le mandat doit être considéré comme nul en la forme pour un pareil acte. Pau, 16 mars 1892, Sir., 93, 2, 125 (mandat sous seing privé à l'effet de constituer une hypothèque conventionnelle).]

à moins de ratification[4], expresse ou tacite, de la part de ce dernier, être considérés comme non avenus[5] à son égard[6]. Art. 1998, al. 2.

L'appréciation des faits et circonstances de nature à emporter ratification tacite est abandonnée à la prudence des tribunaux[7].

La ratification, faite sans réserves, rend le mandant non recevable à actionner le mandataire en dommages-intérêts à raison des retards ou des changements apportés à l'exécution du mandat[8].

Du reste, la ratification profite à celui avec lequel le mandataire a traité, bien qu'il n'y soit pas intervenu[9];

[4] Cette ratification, qu'il ne faut pas confondre avec la confirmation, n'est pas soumise aux dispositions de l'art. 1338. Zachariæ, § 415, note 2. Voy. les autorités citées à la note 4 du § 337. [*Adde*: Cass., 1er juin 1880, Sir., 80, 1, 405. Cass., 22 mars 1880, Sir., 81, 1, 166. Cass., 24 avril 1882, Sir., 83, 1, 64. Cass., 13 juin 1883, Sir., 84, 1, 184. Cass., 21 déc. 1885, Sir., 87, 1, 375. Cass., 6 février 1893, Sir., 96, 1, 114. Cass., 23 mars 1897, Sir., 97, 1, 439. On ne confondra pas avec la ratification du mandat l'approbation donnée par l'un des mandataires, postérieurement à la conclusion, par l'autre mandataire seulement, de l'opération, par exemple de la vente, qui ne pouvait être consentie, aux termes du mandat, que collectivement par l'un et par l'autre. Cette approbation, si elle intervient avant la cessation du mandat, rend bien valable l'opération susvisée, mais à la date seulement de ladite approbation. Cass., 14 avril 1886, Sir., 89, 1, 426.]

[5] Le mandant n'a donc pas besoin d'attaquer de pareils actes par voie de nullité : ils sont, à son égard, *res inter alios acta*. Duranton, XVIII, 260. Zachariæ, *loc. cit.* Cpr. Req. rej., 14 mai 1829, Sir., 29, 1, 223. [Req. 20 déc. 1876, Sir., 77, 1, 155 (conflit de la règle posée au texte avec celle de l'art. 1321).]

[6] Le mandant peut cependant se trouver obligé, d'après les principes de la gestion d'affaires, pour les actes que le mandataire a faits en dehors des limites du mandat. Cpr. art. 1375.

[7] Civ. rej., 3 juin 1845, Sir., 45, 1, 830. Civ. rej., 9 mai 1853, Sir., 54, 1, 30. Req. rej., 27 juillet 1863, Sir,, 63, 1, 457. [Cass., 4 juin 1872, Sir., 72, 1, 295. Cass., 31 juillet 1877, Sir., 78, 1, 422. Cass., 6 février 1893, Sir., 96, 1, 114. Cass., 23 mars 1897, Sir., 97, 1, 439. Cpr. Pau, 9 déc. 1874, Sir., 76, 2, 244.]

[8] Civ. rej., 9 mai 1853, Sir., 54, 1, 30. Cpr. cep. Req. rej., 28 mars 1855, Sir., 56, 1, 590.

[9] Req. rej., 21 décembre 1859, Sir., 60, 1, 449.

mais elle ne peut jamais préjudicier aux droits acquis à des tiers *ex intervallo* [10].

L'inefficacité des actes faits par le mandataire en dehors de ses pouvoirs, ne donne lieu à aucun recours en garantie ou en indemnité contre ce dernier, de la part des tiers avec lesquels il a traité, lorsqu'il leur a donné une connaissance suffisante de ses pouvoirs [11], et qu'il ne s'est pas, d'ailleurs, personnellement porté fort pour le mandant. Art. 1997.

On doit regarder comme non avenus à l'égard du mandant, les actes qui, quoique rentrant dans la classe de ceux que le mandataire a reçu pouvoir de faire, sont évidemment contraires au but du mandat, par exemple, les actes faits par un mandataire dans son propre intérêt, lorsque le mandat n'a été donné que dans l'intérêt du mandant [12].

3° Les actes faits par le mandataire en son propre nom, quoique pour l'exécution du mandat, sont par eux-mêmes étrangers au mandant [12 *bis*]. Celui-ci est toutefois autorisé à se faire judiciairement subroger aux droits et actions naissant de pareils actes, et peut, d'un autre côté, être contraint, par les tiers créanciers qui exerceraient les droits du mandataire, à remplir les engagements qui en résultent [13]. Art. 1166.

[4° Les délits et quasi-délits civils commis par le

[10] Cpr. Riom, 31 juillet 1851, Sir., 51, 2, 698.

[11] Cpr. Req. rej., 10 août 1831, Sir., 32, 1, 677. — La preuve de ce fait est-elle à la charge du mandataire, ou n'est-ce pas plutôt aux tiers qui prétendent n'avoir pas été suffisamment instruits de l'étendue des pouvoirs du mandataire, à prouver cette allégation? M. Delvincourt (sur l'art. 1997) professe cette dernière opinion, mais il paraît difficile de poser, à cet égard, une règle générale.

[12] C'est ainsi qu'une constitution d'hypothèque, consentie par le mandataire au profit de ses créanciers personnels, sur les biens du mandant, devrait être considérée comme non avenue à l'égard de ce dernier, quoique la procuration renfermât le pouvoir illimité d'hypothéquer. Turin, 10 novembre 1810, Sir., 11, 2, 234.

[12 *bis*. Voy. comme exemple et comme application en cas de révocation du mandat, Cass., 5 mai 1873, Sir., 73, 1, 298. Cpr. Cass., 16 nov. 1870, Sir., 71, 1, 94.]

[13] Duranton, XVIII, 262. Zachariæ, § 415, texte et note 7.

mandataire dans l'exécution de son mandat n'obligent, vis-à-vis des victimes, que le mandataire [13 *bis*]. En sens inverse, le mandataire ne saurait être tenu de la faute du mandant, lorsqu'il n'a commis lui-même aucune faute de nature à engager sa responsabilité [13 *ter*].

§ 416.

Des différentes manières dont le mandat finit.

Le mandat finit (art. 2003) :

1° Par la révocation. Le mandant est le maître de révoquer, quand bon lui semble, le mandat qu'il n'a donné que dans son intérêt [1 *bis*]. Art. 2004.

Si le mandat avait été conféré comme condition de quelque autre convention passée, soit avec le mandataire, soit avec un tiers, le mandant ne pourrait unilatéralement le retirer [1 *ter*]. Art. 1856, al. 2, et arg. de cet article. Il en serait de même si le mandat avait été, par le mandant, qualifié d'irrévocable dans l'intérêt commun des deux parties. Le mandant se trouverait alors tenu de l'obligation de ne pas révoquer le mandat, et la sanction de cette obligation de ne pas faire serait seulement celle du droit commun de l'art. 1142 [1] *quater*. Enfin, si le mandat donné à un tiers de payer une somme pour le compte du mandant est, en principe, essentiellement révocable, il en est autrement, lorsque le

[13 *bis*. Civ. rej., 25 juin 1889, Sir., 1881, 1, 123. Cass., 12 nov. 1907, Sir., 10, 1, 498. Cpr. § 343 *bis*, note 28. On rapprochera cette proposition de celle qui est formulée, pour une hypothèse différente, au § 445, texte et note 1 *quater*.]

[13 *ter*. Paris, 9 mai 1899, Sir., 01, 2, 5,]

[1 *bis*. Il en est autrement dans le cas contraire. Voy. comme application : Req. 6 janvier 1873, Sir., 73, 1, 24. Civ. cass., 13 mai 1885, Sir., 87, 1, 220. Voy. encore, pour le cas où le mandat serait donné dans l'intérêt commun du mandataire et du mandant : Cass., 11 février 1891, Sir., 91, 1, 121. Amiens, 28 janvier 1892, Sir., 94, 2, 177. Cpr. Req. 1er mai 1907, Sir., 08, 1, 87.]

[1 *ter*. Pau, 26 nov. 1873, Sir., 74, 2, 71.]

[1 *quater*. Voy. comme application Paris, 19 nov. 1908, Sir., 10, 2, 165.]

mandat susvisé est donné sous la forme d'une lettre de change [1] *quinquies*.]

La stipulation d'un salaire, soit fixe, soit proportionnel, ne peut faire considérer le mandat comme donné dans l'intérêt du mandataire[1]. Cette circonstance ne met, par elle-même, aucun obstacle à la révocation, sous la réserve, toutefois, du paiement au mandataire des sommes qui peuvent lui être dues pour ses avances et pour ses peines [2]. Le mandataire aurait de plus droit à une indemnité pour le préjudice que lui ferait éprouver la révocation intempestive, et sans motif légitime, du mandat[3], [et ce, nonobstant la clause contraire [3] *bis*. A plus forte raison, cette indemnité aurait-elle pu être valablement stipulée lors de la conclusion du mandat [3] *ter*].

La révocation du mandat peut n'être que tacite[4]. Elle résulte virtuellement de la constitution d'un nouveau

[1] *quinquies*. Civ. rej., 14 janvier 1880, Sir., 80, 1, 309.]

[1] Duranton, XVIII, 272. Zachariæ, § 416, note 1. [Cass., 1 mai 1907, Sir., 08, 1, 87.]

[2] Req. rej., 6 mars 1827, Sir., 27, 1, 169. Req. rej., 31 janvier 1843, Sir., 43, 1, 125. [Cass., 9 juillet 1885, Sir., 87, 1, 478.] Voy. cep. Bordeaux, 7 juillet 1837, Sir., 37, 2, 452.

[3] Req. rej., 8 août 1857, Sir., 57, 1, 835. Nancy, 23 juin 1860, Sir., 61, 2, 165. Req. rej., 10 juillet 1865, Sir., 65, 1, 350. [Dijon, 8 mars 1880, Sir. 81, 2, 15. Cass., 9 juillet 1885, Sir., 87, 1, 478. Nancy, 29 juin 1889, Sir., 90, 2, 226. Cpr. Toulouse, 16 nov. 1887, Sir., 88, 2, 28. Cpr. pour le cas où la révocation du mandat n'a été rendue nécessaire que par une faute du mandataire : Cass., 19 nov. 1889, Sir., 91, 1, 508. — Si le mandataire était un notaire, le principe des dommages-intérêts à lui dus, à raison d'une révocation intempestive, de nature à porter atteinte à sa réputation personnelle ou au crédit de sa charge, reposant sur les règles du droit commun, le calcul n'en saurait être fait par application du tarif de 1898, réserve faite, d'ailleurs, de l'influence possible de ce tarif sur le calcul des honoraires auxquels il peut avoir droit pour la préparation de l'acte qu'il n'a pas eu à passer. Montpellier, 26 déc. 1905, Sir., 07, 2, 45.]

[3 *bis*. Dijon, 8 mars 1880, Sir., 81, 2, 15. Paris, 2 février 1888, Nancy, 29 juin 1889, Sir., 90, 2, 226.]

[3 *ter*. Cass., 19 nov. 1889, Sir., 91, 1, 508. Mais elle resterait soumise, en pareil cas, au contrôle de la justice, qui pourrait en réduire le chiffre. Cass., 27 janvier 1908, Sir., 08, 1, 223. Cpr. § 414, note 9.]

[4] Pothier, nos 114 et suiv. Zachariæ, § 416, note 3.

mandataire pour la même affaire[5], peu importe que celui-ci accepte ou qu'il refuse le mandat[6]. Art. 2006[7]. [C'est au juge du fait qu'il appartient, en cas de succession d'une prétendue révocation tacite et d'une révocation expresse, de déterminer à quelle date la révocation s'est réellement produite[7] *bis*.]

Lorsque le mandat a été constaté par un acte écrit, le mandant peut, en le révoquant, contraindre le mandataire à lui remettre, selon les circonstances, l'original ou l'expédition de cet acte[8]. Art. 2004.

2° Par la renonciation du mandataire. Le mandataire jouit de la faculté de se démettre du mandat, en notifiant sa renonciation au mandant. Mais il est tenu d'indemniser ce dernier du préjudice que la renonciation peut lui occasionner, à moins qu'il ne se trouve dans l'impossibilité de continuer la gestion dont il s'est chargé, sans s'exposer lui-même à des pertes considérables[9]. Art. 2007.

Par exception à la règle précédente, le mandataire ne pourrait renoncer unilatéralement au mandat qu'il aurait accepté comme condition d'une convention synallagmatique passée avec le mandant.

[5] Cpr. Civ. cass., 3 août 1819, Sir., 19, 1, 359.

[6] Le refus du nouveau mandataire n'empêche pas que le mandant n'ait implicitement manifesté la volonté de retirer sa confiance au premier mandataire. Duranton, XVIII, 276. [Cpr. en matière de révocation de testament, les propositions formulées § 724, texte et notes 7 et suiv.]

[7] Il ne faut pas conclure des expressions finales de cet article que la révocation ne soit, en pareil cas, efficace, qu'à compter du jour où la constitution du nouveau mandataire a été notifiée à l'ancien. Il suffit que ce dernier ait obtenu, d'une manière quelconque, connaissance de cette constitution, pour que, par cela même, son mandat se trouve révoqué. La notification dont parle l'art. 2006 n'est qu'une mesure de précaution, que le mandant doit prendre, pour enlever au mandataire tout moyen de soutenir qu'il n'a point eu connaissance de la révocation. Req. rej., 14 mai 1829, Dalloz, 1834, 1, 402.

[7 *bis*. Cass., 24 juin 1905, Sir., 06, 1, 8.]

[8] S'il avait été gardé minute d'une procuration notariée, la prudence exigerait que le mandant fît notifier la révocation au notaire dépositaire de cette minute, avec défense d'en délivrer de nouvelles expéditions.

[9] *Officium nemini damnosum esse debet*. Duranton, XVIII, 281. [Voy. comme application : Req. 7 juillet 1870, Sir., 71, 1, 33.]

3° Par la mort du mandant ou du mandataire.

Néanmoins, le mandataire qui a commencé la gestion doit, malgré le décès du mandant, la continuer ou l'achever, s'il y a péril en la demeure [9 *bis*]. Art. 1991, al. 2. En cas de décès du mandataire, ses héritiers [9 *ter*] doivent en donner avis au mandant, et prendre, en attendant qu'il puisse lui-même pourvoir à ses affaires, les mesures que les circonstances exigent pour son intérêt. Art. 2010 [10].

La mort du mandant ne met pas fin au mandat, lorsque l'affaire qui en forme l'objet, devait être accomplie ou continuée après son décès [11]. Il en est cependant autrement du mandat donné au dépositaire, de remettre le dépôt à un tiers, après la mort du déposant [12].

D'un autre côté, le mandat continue de subsister, même après la mort du mandant, lorsqu'il a été donné dans l'intérêt commun de ce dernier, et du mandataire ou d'un tiers [13].

4° Par la déconfiture ou la faillite [14] du mandant ou du mandataire.

5° Par le changement d'état de l'un ou de l'autre, si, par suite de ce changement, ils deviennent incapables

[9 *bis*. Cpr. § 414, note 3 *bis*.]

[9 *ter*. Mais non pas sa veuve, tutrice de son héritier mineur. Cpr. au point de vue pénal : Cass., 3 janvier 1895, Sir., 95, 1, 112.]

[10] Cpr. Req. rej., 21 mai 1867, Sir., 67, 1, 251.

[11] L. 12, § 17, L. 13, et L. 27, § 1, D. *mand.* (17, 1). Pothier, n° 108. Duranton, XVIII, 283. Troplong, n° 728. Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, II, 445. Paris, 10 décembre 1850, Sir., 50, 2, 625. Req. rej., 22 mai 1860, Sir., 60, 1, 721. Req. rej., 30 avril 1867, Sir., 67, 1, 329.

[12] Cpr. § 403, texte et note 13 ; § 659, texte et notes 17 et 18.

[13] Troplong, n° 718. Ainsi, lorsque, dans un contrat, un tiers a été, pour son intérêt ou pour celui du débiteur, indiqué à l'effet de recevoir le paiement de l'obligation résultant de ce contrat, le mandat de ce tiers ne s'éteint point par la mort du créancier. Duranton, XVIII, 284. Il en est de même du mandat donné au créancier de faire vendre, à défaut de paiement au terme convenu, des objets mobiliers appartenant au débiteur. Douai, 22 décembre 1849, Sir., 50, 2, 161. [Voy. encore Cass., 16 mai 1882, Sir., 84, 1, 154.] Cpr. aussi sur le mandat inhérent à l'élection de domicile : § 146, texte, notes 19, 20 et 26.

[14] Bordeaux, 18 juillet 1832, Dalloz, 1833, 2, 56.

de conférer un mandat de même nature, ou de s'obliger par l'acceptation d'un mandat [15].

6° Enfin, par l'expiration du temps pour lequel le mandat a été donné, et par la consommation de l'affaire qui en formait l'objet [16].

Les actes faits postérieurement à la cessation du mandat [17] ne lient, en général, le mandant, ni envers le mandataire, ni envers les tiers avec lesquels ce dernier a traité. Il en est cependant autrement, lorsque le mandataire a agi dans l'ignorance de la cause qui avait fait cesser ses pouvoirs, ou même lorsque, connaissant cette cause, il a traité avec des tiers qui en ignoraient l'existence. Au premier cas, le mandant est lié tant envers le mandataire qu'envers les tiers de bonne foi, tout comme s'il s'agissait d'actes passés pendant la durée du mandat [18]. Au second cas, il est également lié, mais envers les tiers seulement, et sauf son recours contre le mandataire [19]. Art. 2005, 2008, 2009.

[15] L'art. 2003 ne parle expressément que de l'interdiction ; mais sa disposition s'applique par identité de raison, sous la restriction indiquée au texte, à tout changement d'état par suite duquel une personne perd, en tout ou en partie, l'exercice de ses droits. Pothier, n° 111. Delvincourt, sur l'art. 2003. Duranton, XVIII, 285 et 286. Zachariæ, § 416, texte et note 7.

[16] Cpr. Bourges, 19 juillet 1831, Sir., 33, 2, 384. [Caen, 5 août 1880, Sir., 81, 1, 296.]

[17] Le mandant qui soutient que des actes sous seing privé faits par le mandataire sont antidatés, et qu'ils ont été en réalité faits après la cessation du mandat, est tenu de prouver la fausseté de la date. Il ne peut, relativement aux actes faits par le mandataire, être considéré comme un tiers dans le sens de l'art. 1328. Quant à la preuve de l'antidate, elle peut être faite par témoins, ou à l'aide de simples présomptions. Voy. § 756, texte n° 2.

[18] Zachariæ, § 416, texte et note 9. Req. rej., 16 avril 1832, Sir., 32, 1, 342. [Voy. une application de cette règle en matière de faillite : Cass., 5 août 1874, Sir., 74, 1, 437.]

[19] Cpr. Req. rej., 5 février 1807, Sir., 8, 1, 196.

II. DES CONTRATS DE GARANTIE

§ 417.

Des contrats de garantie en général.

Les principaux contrats de garantie sont : la transaction, le cautionnement, le nantissement, et la constitution d'hypothèque, dont il a déjà été traité au § 266.

D'après le Code Napoléon, le débiteur pouvait, pour assurer l'exécution de son obligation, se soumettre par convention à la contrainte par corps, dans les hypothèses exceptionnelles prévues par le nº 5 de l'art. 2060 et par l'art. 2062.

La disposition de ce dernier article avait déjà été abrogée par l'art. 2 de la loi du 13 décembre 1848, qui a défendu de stipuler à l'avenir la contrainte par corps pour le paiement de fermages de biens ruraux. Quant à la disposition du nº 5 de l'art. 2060, elle a disparu par l'effet de la loi du 22 juillet 1867, qui a prononcé l'abolition de la contrainte par corps en matière civile.

Le serment d'accomplir une promesse ne constitue pas un contrat de garantie. Une promesse faite sous serment ne produit pas plus d'effet qu'un engagement contracté sans serment[1].

a. *De la transaction.*

Sources. *Code Napoléon*, art. 2044-2058. — Bibliographie. *Traité des transactions*, par J.-B.-F. Marbeau; Paris, 1832; 1 vol. in-8º. *Traité des transactions*, par Rigal; Paris, 1834, 1 vol. in-8º. *Des transactions*, par Troplong, à la suite du cautionnement; Paris, 1846, 1 vol. in-8º. Pont, *Des petits contrats*, II, nºs 451 à 741.

§ 418.

Notion de ce contrat. — Des conditions essentielles à son existence.

La transaction est un contrat, parfaitement synallagmatique, par lequel les contractants, en renonçant

[1] Cpr. cep. art. 603.

chacun à une partie de leurs prétentions, ou en se faisant des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Cpr. art. 2044 [1]. Ce contrat suppose donc comme conditions de son existence :

a. Le consentement des parties.

b. L'existence actuelle ou la possibilité d'une contestation sérieuse entre les parties. Une transaction faite sur des droits qui n'avaient absolument rien de douteux, ou sur des prétentions évidemment dénuées de toute espèce de fondement, doit être considérée, soit comme manquant d'objet, soit comme dépourvue de cause, et par suite comme non avenue [2]. Mais la crainte raisonnable d'un procès non encore engagé, ou le moindre doute sur l'issue d'un procès déjà entamé, suffit pour servir de cause à une transaction, quoique les parties n'aient pas eu de motifs suffisants pour croire que les prétentions ou les droits de l'une d'elles, pourraient être contestés ou poursuivis, avec quelque espoir de succès [3].

Un différend décidé par un jugement en dernier ressort peut encore, lorsque ce jugement est susceptible d'être attaqué par une voie de recours extraordinaire,

[1] La définition donnée par l'art. 2044 est beaucoup trop large, et ne fait pas connaître les caractères propres de la transaction. Voy. texte n° 3, et note 7 *infra*. [Voy. comme application de la formule du texte : Cass., 27 mars 1889, Sir., 92, 1, 455. Cass., 25 octobre 1892, Sir., 93, 1, 505. Cass., 17 avril 1894, Sir., 96, 1, 459. Cpr. Cass., 14 mai 1889, Sir., 91, 1, 198.]

[2] Duranton, XVIII, 535 et suiv. Rigal, p. 50. Pont, II, 569. Zachariæ, § 418, texte et note 3. [Cass., 2 juillet 1895, Sir., 95, 1, 311. Cass., 9 nov. 1903, Sir., 04, 1, 87.]

[3] *Sufficit metus litis instantis, vel eventus dubius litis pendentis.* Cpr L. 65, § 1, D. *de cond. indeb.* (12, 6). La question de savoir si, dans telles circonstances données, une personne qui a transigé pouvait raisonnablement craindre un procès, ou avoir quelque appréhension sur l'issue d'une contestation déjà liée, demeure, par la force des choses, abandonnée à l'appréciation des tribunaux. Tout ce que l'on peut dire à cet égard, c'est que le juge ne doit pas facilement déclarer non avenue une transaction, par le motif que le droit qui en forme l'objet n'était pas susceptible de contestation. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XV, p. 416, n° 2). Cpr. Duranton,, XVIII, 395 et 398 ; Marbeau, n° 132 ; Pont, II, 570 ; Zachariæ, § 418, texte et note 5.

former l'objet d'une transaction, en ce qui concerne l'admissibilité et les suites de ce recours[4]. [Il y a plus : les droits reconnus par un jugement définitif peuvent encore faire l'objet d'une transaction, si la partie qui a obtenu cette décision préfère couper court, par un arrangement amiable, aux difficultés de fait que présenterait son exécution[4 bis].]

Le traité intervenu sur des droits qui n'avaient absolument rien de douteux, peut, quoique inefficace comme transaction, valoir, selon les circonstances, comme simple renonciation[5].

Si les parties avaient, en prétextant un procès purement imaginaire, déguisé quelque autre convention sous l'apparence d'une transaction, cette convention devrait être appréciée d'après les principes généraux qui régissent les actes simulés[6].

3° La transaction suppose une réciprocité de concessions ou de sacrifices de la part de chacune des parties. C'est par ce caractère qu'elle se distingue de la simple renonciation, de la remise de dette, du désistement, et de l'acquiescement[7]. Il n'est cependant pas nécessaire que les concessions respectives des parties soient de la même importance, et forment l'équivalent exact les unes des autres[8].

[4] *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XV, p. 424 et 425, n° 14). Pont, II, 572. Civ. cass., 16 prairial an XII, Sir., 7, 1, 1230. [4 *bis*. Req., 12 nov. 1902, Sir., 05, 1, 14.]

[5] C'est peut-être en partant de cette idée que le législateur n'a accordé l'action en nullité contre la transaction faite sur un différend décidé par un jugement passé en force de chose jugée, qu'autant que la partie qui attaque la transaction, ignorait l'existence du jugement. Art. 2056. Pont, II, 573.

[6] Cpr. § 35 ; Marbeau, n°s 138 et suiv. ; Zachariæ, § 418, texte et note 4.

[7] *Transactio, nullo dato vel retento seu promisso, minime procedit.* L. 38, C. *de trans.* (2, 4). Duranton, XVIII, 391 et 392. Pont, II, 457 et 472. Zachariæ, § 418, note 1re.

[8] Cpr. Marbeau, n° 165 ; Pont, II, 473 ; Zachariæ, § 418, texte et note 6. [Civ. rej., 25 octobre 1892, Sir., 93, 1, 505.]

§ 419.

De la division des transactions en judiciaires, et en extra-judiciaires.

Les transactions sont judiciaires ou extra-judiciaires, suivant qu'elles sont ou non conclues dans le cours d'une instance judiciaire.

Ces deux espèces de transactions sont, en général, régies par les mêmes principes.

Il en est toutefois autrement, en ce qui concerne les transactions judiciaires qui ont été converties en jugements, à la suite de conclusions respectivement prises par les parties, et en conformité desquelles le juge a rendu sa décision. Ces jugements, communément appelés jugements convenus ou d'expédient [1], produisent les mêmes effets que les jugements rendus sur des prétentions contestées entre les parties. Ils ne peuvent donc être attaqués par action principale en nullité, mais seulement par les voies de recours ouvertes contre les jugements en général, et dans les délais fixés par la loi pour l'exercice de ces recours [2]. D'un autre côté, les juge-

[1] Ces expressions, empruntées à notre ancienne pratique, ont été détournées de leur sens primitif. Elles désignaient autrefois les sentences arrêtées à l'amiable par les avocats et procureurs des parties, sentences qui, suivant les matières, se déposaient au greffe, soit directement, soit après avoir été reçues à l'audience, et s'expédiaient ensuite en forme exécutoire. Denisart, v° Expédient.

[2] Carré, *Lois de la procédure civile*, II, 1631. Rauter, *Cours de procédure civile*, § 161. Troplong, n° 37. Zachariæ, § 429, texte et note 2. [Garsonnet, *Traité de procédure*, VI², § 2568.] Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Conventions matrimoniales, § 2 et *Quest.*, v° Appel, § 1, n° 6. D'après M. Troplong, Merlin ne parlerait que des jugements convenus rédigés par les parties, et homologués par le juge, suivant la forme reçue dans l'ancien Droit, et ce serait à tort que Zachariæ l'aurait cité en sens contraire. Mais il suffit de se reporter au passage des *Questions de Droit* ci-dessus indiqué, pour se convaincre que Merlin rejette toute différence entre un jugement qui se borne à homologuer une convention antérieure souscrite par les parties, et un jugement qui, donnant acte à deux parties des déclarations qu'elles se sont respectivement signifiées, ou qu'elles ont faites à l'audience, condamne l'une d'elles,

ments convenus étant censés acquiescés d'avance, ont cela de particulier qu'ils ne sont susceptibles d'être attaqués au fond, qu'autant que la transaction qu'ils ont eu pour objet de consacrer, est elle-même entachée d'une cause de nullité[3]. Enfin, ils ne peuvent, en général, être réformés en partie, et maintenus pour le surplus[4].

Les transactions conclues au bureau de conciliation doivent être rangées parmi les transactions extra-judiciaires. Les procès-verbaux dressés par le juge de paix pour les constater, n'emportent pas hypothèque judiciaire, et ne sont point exécutoires, quoiqu'ils constituent d'ailleurs des actes authentiques[5].

§ 420.

Des conditions requises pour la validité des transactions.

1° Pour pouvoir transiger valablement, il faut être capable, non seulement de s'obliger, mais encore de disposer des objets que l'on entend abandonner en tout ou en partie[1]. Art. 2045, al. 1.

soit à payer telle somme, soit à faire ou à souffrir telle chose, et enseigne, en conséquence, que les jugements de la dernière espèce sont, comme ceux de la première, susceptibles d'être attaqués par voie d'action principale en nullité. Du reste, le principe posé au texte ne s'appliquerait pas au cas où le juge, sans prononcer de condamnation, se serait borné à donner à l'une des parties acte des déclarations faites par l'autre ; et c'est sur une pareille espèce qu'a été rendu l'arrêt de la cour de Bruxelles invoqué par Merlin à l'appui de son opinion.

[3] Voy. Merlin, *Quest.*, v° Appel, § 1, n° 5 ; et les arrêts cités par cet auteur.

[4] Cpr. § 421, texte n° 1, *in fine*, notes 12 et 13.

[5] Tel est le sens du deuxième alinéa de l'art. 54 du Code de procédure civile. Cpr. § 265, n° 2, et note 12. Merlin, *Rép.*, v° Bureau de conciliation, n°s 3 à 5. Carré, *op. cit.*, I, 231. Toullier, IX, 120, et X, 271. Zachariæ, § 419, texte et note 1re.

[1] *Transigere est alienare.* Cpr. Duranton, XVIII, 407 et suiv.; Rigal, p. 59 et suiv. ; Marbeau, n° 113. Pont, II, 509 et suiv. ; Zachariæ, texte et note 1re ; Metz, 8 décembre 1868, Sir., 69, 2, 133. — Les transactions faites de bonne foi avec l'héritier apparent sont cependant valables, et lient le véritable héritier. Cpr. § 616, texte n° 6. ; Marbeau, n°s 125 et suiv. [*Adde.* : Cass., 10 avril 1888, Sir., 89, 1, 457.]

Ainsi, la femme mariée sous le régime dotal ne peut, quoique autorisée de son mari, abandonner par transaction des biens dotaux, à moins qu'ils n'aient été déclarés aliénables par le contrat de mariage [2].

Le tuteur ne peut, quelle que soit la nature des droits en contestation, transiger au nom du pupille, qu'en vertu d'une autorisation donnée dans les formes prescrites par l'art. 467. Art. 2045, al. 2. [Avant la loi du 6 avril 1910 (art. 389 nouveau, 8e al.)] il en [était] de même du père administrateur légal [3]. [Aux termes du nouvel art. 389, le père, administrateur légal, peut transiger, sous réserve seulement de l'observation des formalités prescrites par le 2e alinéa de l'art. 467 [3] *bis*.]

Le mineur émancipé est capable de transiger, sans l'assistance de son curateur, sur les actes de simple administration, et sur les objets dont il a la libre disposi-

[2] Art. 1554, et arg. de cet article. [Voy. § 537 note 4.] Pont, II, 516. Nîmes, 30 décembre 1830, Sir., 31, 2, 182. Civ., cass., 7 février 1843, Sir., 43, 1, 282. [Caen, 7 juillet 1869, sous Cass., 8 mai 1872, Sir., 73, 1, 166.] Voy. cep. Paris, 16 mai 1829, Sir., 29, 2, 256. [Il y a plus : la règle posée au texte s'appliquerait même à la transaction susvisée, intervenue en instance d'appel et homologuée par la cour, d'ailleurs sans aucune appréciation de fait et de droit de nature à imprimer un caractère contentieux à l'homologation. Civ. cass., 11 nov. 1873, Sir., 74, 1, 372.] Mais la transaction par laquelle la femme, dûment autorisée, s'engagerait à payer à un tiers une somme d'argent, ou à lui céder un objet non dotal, afin de conserver ses biens dotaux, devrait être maintenue. Duranton, XVIII, 407. [Cpr. Civ. cass., 11 nov. 1873, Sir., 74, 1, 372.]

[3] Voy. § 123, texte et note 38. Paris, 4 juin 1865, Sir., 65, 2, 216. Cpr. cep. Marcadé, appendice à l'art. 383 ; Pont, II, 560. D'après ces auteurs, le père administrateur [pouvait] transiger au nom de ses enfants mineurs, avec la simple autorisation du tribunal. [La cour d'Amiens a jugé aussi le 1er mars 1883, Sir., 84, 2, 41, que le père administrateur légal pouvait transiger sur les intérêts mobiliers de ses enfants. Voy. § 123, note 38 *in fine*. Les inconvénients de cette jurisprudence, en particulier dans les hypothèses du genre de celle sur laquelle a statué la cour d'Amiens, lorsqu'il était établi que le père avait sacrifié dans la transaction les intérêts de son fils à son propre avantage, appelaient un correctif que certaines cours d'appel seulement avaient sanctionné. Bordeaux, 24 janvier 1901, Sir., 03, 2, 1. Voy. en sens contraire Douai, 25 février 1901, Sir., *ibid.* (note critique de M. Tissier).]

[3 *bis*. (Homologation de la transaction par le tribunal de première instance, le ministère public entendu.) Planiol, Ire, no 1714.]

tion[4]. Mais il ne peut, même avec cette assistance, transiger sur aucune autre contestation, sans l'observation des formalités prescrites pour la validité des transactions concernant des mineurs non émancipés. Il en est ainsi, notamment, des transactions relatives à ses capitaux mobiliers, ou au compte de gestion de son ancien tuteur[5].

Les art. 487 et 535 du Code de commerce règlent les conditions sous lesquelles les syndics sont autorisés à transiger [5 *bis*].

2° La validité des transactions n'est subordonnée, ni à leur constatation par écrit[6], ni à l'observation d'autres formalités extrinsèques. Il en résulte qu'on peut déférer un serment litis-décisoire sur l'existence et les conditions d'une transaction verbale[7].

[4] Art. 481. Cpr. § 132, texte et note 4 ; § 134, texte n° 5 et note 5 ; Voy. en sens contraire : Pont, II, 520.

[5] Art. 482 cbn. 484. Cpr. § 134, texte n° 5. Duranton, XVIII, 107. Troplong, n°s 46 et 47. Voy. en sens contraire : Favard, *Rép.*, v° Transaction, § 1, n° 3 ; Marbeau, n° 67.

[5 *bis*. Cpr. Cass., 23 février 1885, Sir., 86, 1, 150. Cass., 18 mai 1885, Sir., 85, 1, 473 (note Labbé). Cass., 17 avril 1894, Sir., 96, 1, 459.]

[6] L'art. 2044, al. 2, dit, à la vérité, que la transaction doit être rédigée par écrit. Mais cette disposition ne fait pas de l'écriture une condition de la validité du contrat : elle n'a d'autre objet que d'en proscrire, d'une manière absolue, la preuve testimoniale. Cpr. § 306, texte et note 6. Merlin, *Quest.*, v° Transaction, § 8, n° 1. Delvincourt, III, p. 247. Duranton, XVIII, 406. Marbeau, n° 203. Troplong, n° 27. Zachariæ, § 420, texte et note 4. Bruxelles, 1er décembre 1810, Sir., 11, 2, 282. Voy. aussi les autorités citées à la note suivante.

[7] Merlin, *op. et v° citt.*, § 8, n° 2. Duranton et Marbeau, *locc. citt.* Rigal, p. 19. Nancy, 29 juillet 1837, Sir., 39, 2, 140. Limoges, 6 février 1845, Sir., 45, 2, 653. Voy. en sens contraire : Troplong, n° 29. A défaut de preuve écrite, cet auteur n'admet que l'aveu pour établir l'existence de la transaction, et rejette le serment litis-décisoire, comme un moyen de preuve qui répugne à la nature de ce contrat. Ce point de vue ne nous paraît pas exact. Le serment litis-décisoire n'est, pas plus que l'aveu, un moyen de preuve, dans le sens propre du mot. Cpr. § 749, texte n° 3, notes 21 et 22. Si, comme M. Troplong le reconnaît, l'aveu suffit pour établir l'existence de la transaction, il n'existe aucune raison pour rejeter le serment litis-décisoire, dont la délation n'est qu'un moyen de provoquer un aveu : *Manifestæ turpitudinis et* CONFESSIONIS *est nolle, nec jurare, nec jusjurandum referre.* Voy. aussi : art. 1358, et Code de procédure, art. 55. — — *Quid* de l'interrogatoire sur faits et articles? Les auteurs cités en tête de la note ne font aucune difficulté pour l'admettre ; et c'est également

Mais la preuve testimoniale d'une pareille transaction serait inadmissible alors même que la valeur de l'objet du contrat ne dépasserait pas cent cinquante francs, ou qu'il existerait un commencement de preuve par écrit[8], ou enfin qu'il s'agirait d'une transaction sur une contestation commerciale[9]. Du reste, cette preuve serait toujours recevable dans l'hypothèse prévue par le nº 4 de l'art. 1348 [[9] *bis*]. Art. 2044, al. 2.

en ce sens que s'est prononcée la Cour de Bruxelles. Voy. note 6 *supra*. Cette solution, qui se justifie par l'art. 324 du Code de procédure, et par la considération que l'interrogatoire sur faits et articles tend à provoquer un aveu, doit cependant, à notre avis, être soumise à une double limitation. D'une part, le juge, appréciateur de la pertinence des faits articulés, ne doit admettre l'interrogatoire, qu'autant qu'il porte directement sur le fait même de la conclusion et sur les conditions de la transaction. D'un autre côté, si l'interrogatoire ne fournit un aveu formel et complet de l'existence et des conditions de la transaction, il n'appartient pas au juge de le compléter par des présomptions. Cette double restriction repose sur ce que la preuve testimoniale étant, dans cette matière, rejetée d'une manière absolue, de simples présomptions sont également inadmissibles. Art. 1353.

[8] C'est ce qui nous paraît résulter de l'esprit dans lequel a été rédigé le second alinéa de l'art. 2044. On n'a pas voulu que la transaction, destinée à terminer une contestation, pût devenir, quant à sa preuve, l'objet d'un nouveau procès, long et dispendieux, ni que le sort d'un pareil contrat, d'ordinaire assez compliqué, fût livré à l'incertitude des témoignages. *Rapport fait au Tribunat* par Albisson (Locré, *Lég.*, XV, p. 431 et 432, nº 2). Marbeau, nº 203. Troplong, nº 30. Bonnier, *Des preuves*, nº 138. Taulier, VI, p. 544. Larombière, V, p. 125. Latreille, *Revue critique*, 1865, XXVI, p. 198. Caen, 12 avril 1845, Sir., 46, 2, 168. Pau, 1er août 1860, Sir., 61, 2, 339. Nancy, 5 décembre 1867, Sir., 68, 2, 3. [Paris, 30 nov. 1876, Sir., 77, 2, 68. Voy. comme conséquence Limoges, 28 juillet 1877, Sir., 82, 2, 102. Cpr. Cass., 3 déc. 1888, Sir., 89, 1, 175.] Voy. en sens contraire : Merlin, *op. et vº citt.*, § 8, nº 3 ; Pont, *Revue critique*, 1864, XXV, p. 487, 1865, XXVI, p. 201 ; *Des petits contrats*, II, 502; Zachariæ, § 420, note 4 ; Colmar, 31 juillet 1861, et Civ. rej., 28 novembre 1864, Sir., 65, 1, 5. [Cass., 24 déc. 1877, Sir., 78, 1, 252. Cass., 8 janvier 1879, Sir., 79, 1, 216. Lyon, 8 mai 1879, Sir., 81, 2, 118. Bordeaux, 11 juillet 1898, Sir., 99, 2, 206. Voy. encore en ce sens, pour une hypothèse plus complexe, où le commencement de preuve par écrit résultait d'un interrogatoire sur faits et articles. Req. 22 avril 1907, Sir., 08, 1, 91.]

[9] Bordeaux, 5 février 1857, Sir., 57, 2, 575. [Bourges, 12 août 1871, Sir., 73, 2, 161. Voy. en sens contraire : Paris, 13 juin 1894, Sir., 95, 2, 19, Bordeaux, 11 juillet 1898, Sir., 99, 2, 206.]

[[9] *bis* Bordeaux, 11 juillet 1898, Sir., 99, 2, 206.]

3° Le consentement nécessaire en fait de transaction doit réunir les caractères exigés pour l'efficacité du consentement en général [10]. [Il peut être subordonné à à l'arbitrage d'un tiers, pour la fixation de l'indemnité moyennant laquelle l'une des parties abandonne à l'autre certains droits [10] *bis*.]

4° On peut, en règle, transiger sur toute espèce de droits, quelles qu'en soient l'origine et la nature, et lors même qu'ils ne seraient qu'éventuels ou subordonnés à une condition [11]. Il est donc permis de transiger, notamment, sur une action en restitution d'intérêts usuraires [12], et sur les actions civiles naissant de délits, sans toutefois qu'une transaction intervenue sur une action de la dernière espèce puisse arrêter les poursuites du ministère public. Art. 2045, Code d'inst. crim., art. 4.

Par exception à cette règle, il n'est pas permis de transiger sur les droits placés hors du commerce. Ainsi, on ne peut transiger sur des contestations relatives à la puissance paternelle ou à l'autorité maritale [13]. On ne peut pas davantage transiger sur son état, en ce sens que nul ne peut, par transaction, renoncer au droit de réclamer l'état qui lui appartient. Art. 328, et arg. de cet art. Il en est ainsi de l'état d'enfant naturel, tout aussi bien que de l'état d'enfant légitime [14]. Quant à la question de savoir s'il est permis de transiger sur l'état d'une personne, que l'on serait admis à contester, elle se confond avec celle de savoir si la reconnaissance de cet état élève contre celui dont elle émane, une fin de non-recevoir qui s'oppose à toute ultérieure contestation de sa part ou de

[10] Voy. cep. art. 2052, al. 2, et § 422.

[10] *bis*. Voy. sur les conséquences du refus du tiers susvisé d'arbitrer l'indemnité : Pau, 11 juillet 1871, Sir., 71, 2, 198.]

[11] Req. rej., 31 décembre 1835, Dalloz, 1836, 1, 321.

[12] Civ. rej., 21 novembre 1832, Sir., 33, 1, 95. Civ. rej., 9 février 1836, Sir., 36, 1, 88. — Mais on ne pourrait, par voie de transaction, valider, pour l'avenir, un contrat usuraire. Arg. art. 6. Cpr. § 337, texte et note 7. Req. rej., 29 mai 1828, Dalloz. 1828, 1, 259. Req. rej., 22 juin 1830, Sir., 30, 1, 409. Voy. cep. Douai, 27 avril 1827, Sir., 28, 1, 341.

[13] Cpr. art. 1388 ; § 504, texte n° 1.

[14] Cpr. § 570, texte *in fine*.

celle de ses représentants [15]. Du reste, rien n'empêche de transiger sur des intérêts purement pécuniaires subordonnés à l'état, même contesté, d'une personne, pourvu d'ailleurs qu'on ne transige pas en même temps sur cet état [16]. Que si la transaction, portant simultanément et sur les intérêts pécuniaires et sur l'état, avait été conclue pour un seul et même prix, elle serait nulle pour le tout [17]. Il semble même qu'elle dût, en vertu de la règle de l'indivisibilité des différentes clauses d'une transaction, être annulée dans toutes ses parties, bien que des prix distincts aient été stipulés pour la renonciation à l'état et pour l'abandon des intérêts pécuniaires [18].

D'un autre côté, il n'est pas permis de transiger sur les matières intéressant l'ordre public, ni sur les droits qui ne sont susceptibles de former l'objet d'aucune convention [18 *bis*]. Ainsi, on ne peut transiger sur l'exécution d'un traité secret en matière de cession d'office [19], ni même sur une demande en réduction du prix d'un office, fondée sur le dol que le cédant aurait commis, en soumettant au gouvernement des états mensongers des produits de l'office [20]. [Ainsi encore, on ne pouvait tran-

[15] Cpr. § 452 *bis*, texte et note 8 ; § 458, texte *in fine*, et notes 9 à 12 ; § 464, texte n° 3, notes 39 à 41 ; § 467, texte n° 3, et notes 26 à 32 ; § 544 *bis*, texte n° 3 ; § 545, texte n° 2, et note 33, texte n° 3, et note 55 ; § 545 *bis*, texte n° 2 ; § 546, texte n° 2, notes 20 à 22.

[16] Merlin, *Rép.*, v° Transaction, § 2, n° 5. Troplong, n° 61. Demolombe, V, 333 et 334. Req. rej., 24 juillet 1835, Sir., 36, 1, 238. Req. rej., 29 mars 1852, Sir., 52, 1, 385. Req. rej., 9 mai 1855, Sir., 56, 1, 743.

[17] Civ. rej., 27 février 1839, Sir., 39, 1, 161. Req. rej., 29 avril 1840, Sir., 40, 1, 873.

[18] Demolombe, V, 517. Troplong, n° 68. [Voy. en ce sens Cass., 25 nov. 1901, Sir., 03, 1, 353, note critique Pilon. Je reprends, et j'accentue, en ce qui me concerne, la formule dubitative du texte où MM. Aubry et Rau proposent la solution précitée. Cpr. § 421, note 12 *bis*.]

[18 *bis*. On ajoutera aux exemples qui vont être donnés de l'application de la règle posée au texte celui que fournit la matière des substitutions. Voy. sur les distinctions qu'il y a lieu de faire en pareil cas § 694, texte et note 76.]

[19] Req. rej., 20 juin 1848, Sir., 48, 1, 450.

[20] Req. rej., 6 décembre 1852, Sir., 53, 1, 116. Orléans, 17 août 1853, Sir., 55, 2, 568. Req. rej., 19 février 1856, Sir., 56, 1, 529. Cpr. cep. Paris, 7 mars 1857, Sir., 57, 2, 196. [Bourges, 18 nov. 1890, Sir., 92, 2, 241.]

siger, avant la loi du 28 mars 1885, sur des opérations ayant le caractère de jeux de bourse [20] *bis*. Plus généralement, on ne peut pas transiger sur une dette nulle pour cause illicite, et la transformer ainsi en une obligation valable [20] *ter*. C'est ainsi que l'héritier légitime ne peut transiger avec le légataire universel apparent du *de cujus*, lorsque celui-ci n'a été institué que pour masquer la transmission des biens du *de cujus* à une congrégation non autorisée [20] *quater*.] [Dans un ordre d'idées différent], les époux ne peuvent, pendant la durée du mariage ou de la communauté, transiger sur leurs conventions matrimoniales. Art. 1395. [Pareillement enfin, serait nulle une transaction portant désistement d'une demande en interdiction [20] *quinquies*].

Enfin, il est des droits dont le but s'oppose à ce qu'ils deviennent la matière d'une transaction. C'est ainsi qu'une personne à qui il est dû des aliments, soit en vertu de la loi, soit même en vertu d'une disposition à titre gratuit, faite en sa faveur par un tiers, ne peut transiger sur le droit de les réclamer, en tant du moins que la transaction tendrait à neutraliser les résultats qu'a voulu obtenir le législateur ou l'auteur de la libéralité [21]. Mais on doit considérer comme valable, une transaction

[20 *bis*. Cass., 17 janvier 1881, Sir., 82, 1, 160.]

[20 *ter*. Cass., 18 déc. 1893, Sir., 95, 1, 70.]

[20 *quater*. Cass., 6 février 1895, Sir., 95, 1, 121.]

[20 *quinquies*. Cass., 13 nov. 1883, Sir., 84, 1, 328. Cpr., § 124, texte et note 12 *bis*.]

21 Arg. art. 1003 et 1004 du Code de procédure. L. 9, D. *de trans.* (2, 15). L. 8, C. *de trans.* (2, 4). Pour la justification de la proposition énoncée au texte, nous nous bornerons à renvoyer aux explications données à la note 18 du § 359. Delvincourt, III, p. 247. Duranton, XVIII, 403. Marbeau, n° 112. Pont, II, 613. Zachariæ, § 420, texte *in fine*, et note 10. Paris, 7 floréal an XII, Sir., 4, 2, 132. Bruxelles, 17 juin 1807, Sir., 7, 2, 325. Nîmes, 18 décembre 1822, Sir., 25, 2, 86. Douai, 1er février 1843, Sir., 43, 2, 188. Bordeaux, 26 juillet 1855, Sir., 57, 3, 111. [Cpr. cep. Cass., 28 juillet 1903, Sir., 05, 1, 9 (validité de la transaction par laquelle l'époux créancier d'aliments sur le fondement de l'art. 301 renonce au droit d'obtenir une pension au delà d'un certain chiffre).] Voy. en sens contraire, quant aux aliments dus en vertu d'un acte de libéralité : Merlin, *Rép.*, v° Aliments, § 8, n° 2 ; Troplong, n° 97 et 98.

faite uniquement sur le mode de prestation de pareils aliments, ou sur le paiement des arrérages échus d'une pension alimentaire [22].

5° La loi exige des conditions spéciales pour la validité d'une transaction relative à un compte de tutelle, ou à une procédure de faux incident [23].

§ 421.

Des effets des transactions.

1° Les transactions ont, entre les parties et leurs successeurs, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, en ce sens qu'elles engendrent entre ces personnes une exception analogue à celle de la chose jugée : *Exceptio litis per transactionem finitæ*. Art. 2052, al. 1. Cette exception n'existe, de même que celle de la chose jugée, que sous les conditions et dans les limites indiquées par l'art. 1351.

Il en résulte qu'elle ne peut être proposée, qu'autant que la nouvelle contestation a lieu entre les parties qui ont conclu la transaction, et que ces parties y procèdent en la même qualité. Ainsi, une transaction passée avec l'une des parties intéressées ne profite pas, en général, aux autres, et ne peut leur être opposée [1 *bis*, d'où il suit qu'ils n'ont qualité ni pour l'attaquer 1 *ter*, ni pour s'en prévaloir 1 *quater*.] Art. 2051. Il en serait cependant autrement, si les divers intéressés étaient unis par un lien de solidarité active ou passive, ou s'il s'agissait de matières indivisibles. La transaction faite avec l'un des débiteurs solidaires profite aux autres[1], quoiqu'elle ne

[22] Duranton, Marbeau et Troplong, *locc. citt.* Pont, II, 611. Zachariæ, *loc. cit.*

[23] Cpr. art. 472, 2045, al. 2, et § 121 ; Code de procédure, art. 249.

[1 *bis*. Voy. comme application, Cass., 28 mai 1906, Sir., 07, 1, 71.]

[1 *ter*. Req. 2 janvier 1877, Sir., 77, 1, 172.]

[1 *quater*. Civ. cass., 3 janvier 1883, Sir., 83, 1, 349.]

[1] Arg. art. 1208 cbn. 1285, et 1365, al. 4. Cpr. § 298 *ter*, texte n° 3, note 35. *Rapport fait au Tribunat*, par Albisson (Locré, *Lég.*, XV, p. 434, n° 8). Marbeau, n° 263. Duranton, XVIII, 420. Troplong, n°s 125 et 126. [Cass., 3 juillet 1900, Sir., 1900, 1, 441.] Voy. cep. Delvincourt, III, p. 247.

puisse leur être opposée [2]. Et, réciproquement, la transaction conclue avec l'un des créanciers solidaires peut être invoquée par les autres [3], mais non leur être opposée, si ce n'est pour sa part dans la créance [4]. Les mêmes distinctions s'appliquent à la transaction conclue avec l'un des intéressés dans une obligation indivisible [5]. Du reste, il est bien entendu que la transaction faite avec le débiteur principal profite à la caution [6], quoiqu'elle ne puisse lui être opposée [7].

Il résulte encore du principe ci-dessus posé, qu'une transaction faite par une personne, au sujet d'un droit qu'elle a fait valoir de son propre chef, ne peut, ni être invoquée par elle, ni lui être opposée, lorsque plus tard elle exerce ce droit comme successeur d'une autre personne. Art. 2050.

Enfin, il suit du même principe, que l'exception *litis finitæ* résultant d'une transaction ne peut être invoquée qu'autant que la nouvelle contestation porte absolument sur le même objet que la précédente ; et, sous ce rapport, les transactions doivent être interprétées restrictivement. Art. 2049.

Les transactions ne règlent que les différends sur lesquels les contractants ont eu l'intention de transiger. Pour apprécier cette intention, il faut, d'ailleurs, se reporter à la situation dans laquelle la transaction est intervenue. Lorsque, postérieurement à sa conclusion, il survient des circonstances nouvelles et imprévues, de nature à augmenter les prétentions de l'une des parties, celle-ci est admise à les faire valoir, sans qu'on puisse

[2] Le débiteur solidaire peut bien améliorer la condition de ses coïntéressés, mais il ne peut l'aggraver. Voy. les autorités citées à la note précédente ; § 298 *ter*, texte n° 3, et note 31.

[3] Arg. art. 1199. Cpr. § 298 *bis*, texte et note 8.

[4] Arg. art. 1198, 2e al. et 1365, 2e al. Cpr. § 298 *bis*, texte et note 9.

[5] Cpr. § 769, texte et note 42 ; Troplong, n° 127.

[6] *Discussion au Conseil d'Etat et Discours au Corps législatif*, par Gillet (Locré, *Lég.*, XV, p. 405, art. 17, p. 410, n° 14, et p. 446, n° 6). Troplong, n° 128. Pont, n°s 409 et 410.

[7] Troplong, *Du cautionnement*, n° 607 et 608. Ponsot, *Du cautionnement*, n° 359. Pont, II, 411 et 412. Req. rej., 10 juillet 1849, Sir., 49, 1, 577.

lui opposer l'exception *litis finitæ*[8]. C'est ce qui aurait lieu notamment, si la transaction, [postérieure au délit ou au quasi-délit dont il va être question], avait eu pour objet, [en dehors de toute application de la loi du 9 avril 1898[8] *bis*], la réparation du dommage causé par un délit ou par un quasi-délit, et que le fait eût entraîné des suites beaucoup plus graves que celles auxquelles on devait s'attendre et en vue desquelles la transaction a été conclue[9]. [C'est ce qui aurait lieu encore, si le légataire qui a renoncé à attaquer le jugement qui annulait le legs à lui fait réclamait ensuite la succession en vertu d'un testament dont l'existence ne s'est révélée qu'après la transaction susvisée[9] *bis*.]

La renonciation faite dans une transaction à tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif aux contestations sur lesquelles la transaction est intervenue. Art. 2048.

La règle d'après laquelle les tribunaux jouissent d'un pouvoir souverain pour l'interprétation des conventions, donne lieu, quand on la rapproche de l'art. 2052, aux

[8] Cpr. Civ. cass., 17 novembre 1812, Sir., 13, 1, 145.

[[8] *bis*. Voy. pour la revision, en matière de risque professionnel, régi par la loi du 9 avril 1898 et par les textes qui l'ont complétée ou étendue, § 372 *sexies*, texte n° 2.]

[9] Merlin, *Rép.*, v° Transaction, § 4, n° 2. Marbeau, n° 242. Pont, II, 662. Paris, 11 juin 1864, Sir., 65, 2, 264. Paris, 11 août 1868, Sir., 69, 2, 72. [Paris, 16 juillet 1870, Sir., 71, 2, 204.] Cpr. Aix, 29 janvier 1833, Sir., 31, 2, 286. Civ., cass. 30 décembre 1861, Sir., 62, 1, 521. [Mais la solution donnée au texte cesserait de s'appliquer dans le cas où la quittance délivrée par la victime de l'accident contiendrait une renonciation à tout recours généralement quelconque, même en cas d'aggravation, à supposer d'ailleurs qu'aucun fait de dol ou de fraude ne fût allégué contre ladite quittance. Cass., 23 février 1892, Sir., 92, 1, 313. Besançon, 19 janvier 1898, Sir., 98, 2, 84. Civ. rej. 8 janvier 1900 (mêmes parties). Sir., 02, 1, 311. Civ. cass., 28 mai 06, Sir., 07, 1, 71. Voy. en sens contraire Amiens, 10 août 1881, Sir., 82, 2, 244. D'ailleurs, cette solution rigoureuse ne concerne que la victime directe du délit ou du quasi-délit qui a transigé. Elle est étrangère à la réclamation que dirigerait de son propre chef, sur le fondement des mêmes textes, contre la personne responsable du délit ou du quasi-délit susvisé, la victime indirecte de l'aggravation de ses conséquences. Cass., précité, 28 mai 1906. Voy. la note 1 *bis supra*.]

[9] *bis*. Lyon, 14 janvier 1870, Sir., 71, 2, 270.]

termes duquel les transactions ont entre les parties l'autorité de la chose jugée, et des art. 2048 et 2049, qui tracent au juge des règles obligatoires pour l'application et l'interprétation des transactions, à la question de savoir jusqu'où s'étend, en pareille matière, le droit d'appréciation des tribunaux, et dans quelles circonstances leurs jugements sont ou non soumis à la censure de la Cour de Cassation. Cette question doit se résoudre par une distinction, quelquefois fort délicate à établir, entre les décisions purement interprétatives, destinées à résoudre un doute résultant d'une rédaction plus ou moins obscure ou ambiguë des clauses de la transaction, et celles qui, sous couleur d'interprétation, auraient étendu, restreint, ou dénaturé les effets de la transaction [10]. Il est, du reste, bien entendu qu'un jugement qui refuserait le caractère de transaction à une convention réunissant tous les éléments constitutifs de ce contrat, serait sujet à cassation [11]. [En sens inverse, il appartient à la Cour de Cassation de vérifier si les juges du fait ont vu à bon droit une transaction dans une convention manifestée par des conclusions concertées entre les parties et entérinées par un jugement[11] *bis*.]

Bien que les transactions aient, entre les parties, l'autorité de la chose jugée, il existe cependant, entre les

[10] Cpr. Troplong, n° 116 ; Civ. cass., 17 novembre 1812, Sir., 13 1, 145 ; Civ. cass., 21 août 1832, Dalloz, 1832, 1, 390 ; Req. rej., 24 novembre 1832, Sir., 33, 1, 237 ; Civ., cass., 20 janvier 1835, Sir., 35, 1, 101 ; Req. rej., 31 décembre 1835, Sir., 36, 1, 189 ; Req. rej., 21 avril 1840, Sir., 40, 1, 873 ; Req. rej., 20 juin 1841, Sir., 42, 1, 791 ; Req. rej., 20 avril 1857, Sir., 57, 1, 694 ; Req. rej., 21 décembre 1859, Sir., 60, 1, 449 ; Req. rej., 23 avril 1860, Sir., 60, 1, 848 ; Req. rej., 8 mai 1861, Sir., 61, 1, 716 ; Req. rej., 19 décembre 1865, Sir., 66, 1, 301. [Cass., 2 mars 1874, Sir., 74, 1, 311. Cass., 17 janvier 1877, Sir., 77, 1, 312. Cass., 1er juillet 1879, Sir., 80, 1, 106. Cass., 12 février 1878, Sir., 80, 1, 161 (note Labbé). Cass., 26 avril 1880, Sir., 81, 1, 152. Cass., 25 juillet 1881, Sir., 82, 1, 168. Cass., 7 août 1882, Sir., 83, 1, 24. Cass., 23 fevrier 1892, Sir., 92, 1, 313. Cass., 26 janvier 1909, Sirey, 09, 1, 72. Cpr. en ce qui concerne les transactions de l'administration des contributions indirectes : Cass., 23 mars 1897, Sir, 97, 1, 308.]

[11] Civ. cass., 15 février 1815, Sir, 15, 1, 183. [Cpr. Cass., 24 déc. 1872, Sir, 72, 1, 417. Cass., 9 déc. 1879, Sir., 80, 1, 107.]

[[11] *bis*. Cass., 1er juillet 1879, Sir., 80, 1, 106.]

jugements et les transactions, des différences essentielles, en ce qui concerne les voies par lesquelles les uns ou les autres peuvent être attaqués, et les causes pour lesquelles ils peuvent être annulés ou réformés. Les transactions diffèrent, en outre, des jugements, en ce qu'elles sont, en général, et sauf interprétation contraire de la volonté des parties [12], à considérer comme formant un tout indivisible, en ce sens que, lorsqu'elles portent sur divers chefs d'une même] contestation [[12] *bis*], elles ne peuvent être annulées pour partie et maintenues pour le surplus [13]; tandis que les jugements qui ont statué sur plusieurs points litigieux, sont susceptibles d'être réformés sur quelques-uns de ces points et confirmés quant aux autres.

[Elles sont d'ailleurs indivisibles sous un autre point de vue, en ce sens que l'annulation d'une transaction pour incapacité de certaines des parties qui l'ont acceptée peut entraîner pareillement la nullité de ladite transaction vis-à-vis des autres [13] *bis*.]

[12] Troplong, n° 133. Rigal, p. 153. Req. rej., 9 février 1830, Sir., 31, 1, 339. [Cass. 2 juillet 1888, Sir., 88, 1, 421. Aix (mêmes parties), 11 juillet 1888, Sir., 89, 2, 113 (note Naquet). Req. (mêmes parties), 3 déc. 1889, Sir., 90, 1, 160.]

[[12] *bis*. J'indique par cette précision que je n'appliquerais pas, nécessairement et en principe, la règle de l'indivisibilité à l'hypothèse où la transaction aurait pour objet deux chefs distincts et différents de contestation, dont l'un, par exemple, comporterait, dont l'autre ne comporterait pas, en droit, pour les parties, la faculté de transiger. Il y a selon moi, en pareil cas, tout au moins sous la condition fixée § 420, texte et note 17, deux transactions distinctes et différentes par leur objet, et la question de l'indivisibilité de la transaction ne se pose qu'entre clauses diverses d'une seule et même transaction, c'est-à-dire d'un acte considéré comme tel dans l'intention des parties. Cpr. en matière d'aveu, § 751, texte et notes 31 et 32. Voy. en sens contraire, Civ. rej., 25 nov. 1901, Sir., 03, 1, 353 (note critique de M. Pilon, sur la règle de l'indivisibilité et sur la preuve de l'indivisibilité intentionnelle. Cpr. § 420, note 18.]

[13] Art. 2055, et arg. de cet art. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XV, p. 323, n° 13). Merlin, *Rép.*, v° Transaction, § 5, n° 3. Marbeau, n° 23. Troplong, n° 133. Caen, 14 mars 1844, Sir., 44, 2, 493. Civ. cass., 25 novembre 1834, Sir., 35, 1, 664. [Cass., 2 juillet 1888, Sir., 88, 1, 421. Aix (mêmes parties), 11 juillet 1888. Sir., 89, 2, 113 (note Naquet).]

[[13] *bis*. Cass., 2 juillet 1888, Sir., 88, 1, 421. Aix, 11 juillet 1888, Rec.

[Enfin, il se pourrait qu'elles fussent indivisibles en un autre sens encore, à supposer que des transactions distinctes et indépendantes par leur objet, dont l'une seulement serait nulle comme telle, fussent intervenues entre les mêmes personnes, et que leur réunion constituât un contrat nouveau, indivisible lui-même dans ses éléments et d'ailleurs nul[13] *ter*].

2° Les parties qui ont transigé, sont tenues de respecter les droits qu'elles ont reconnus, l'une au profit de l'autre, et d'accomplir les prestations auxquelles elles se sont respectivement engagées. [Là se bornent leurs droits et leurs obligations[13] *quater*, le tout, réserve faite du cas où l'une des parties aurait, même tacitement, renoncé au bénéfice de la transaction intervenue[13] *quinquies*, ou en aurait, en fait, accepté l'exécution dans des conditions un peu différentes de celles qui avaient été prévues dans l'acte[13] *sexies*. Les parties peuvent, d'ailleurs, stipuler que la transaction sera, de plein droit, réputée non avenue, si elle n'est pas exécutée dans un certain délai. Dans ce cas, la victime qui avait consenti à transiger avec l'auteur du délit, retrouve contre ce dernier, non seulement l'action civile en réparation du préjudice causé, mais encore le droit d'agir, de ce chef, devant la juridiction correctionnelle[13] *septies*.]

Lorsque, pour mieux assurer l'exécution de la transaction, les parties ont stipulé une peine contre celle qui manquerait de l'exécuter, les effets de cette stipulation se déterminent d'après les principes généraux sur les clauses pénales. La partie au profit de laquelle la peine

(mêmes parties), 3 déc. 1889, Sir., 90, 1, 160. Voy. en sens contraire la note de M. Naquet.]

[[13] *ter*. Cass., 4 nov. 1903, Sir., 04, 1, 209, note critique de M. Lyon-Caen sur la rédaction de l'arrêt.]

[[13] *quater*. Cass., 15 juillet 1874, Sir., 75, 1, 211.]

[[13] *quinquies*. Ce qui est du ressort du juge du fait. Req., 16 août 1876, Sir., 77, 1, 122. Civ. rej., 27 juin 1888, Sir., 89, 1, 325.]

[[13] *sexies*. Cpr. Req. 31 janvier 1887, Sir., 87, 1, 420.]

[[13] *septies*. Crim. rej., 13 avril 1899, Sir., 1900, 1, 533. Il n'en serait autrement que si la victime du délit avait déjà entamé des poursuites au civil, à fin d'exécution de la transaction.]

serait encourue ne pourrait, en général, la réclamer et poursuivre tout à la fois l'exécution de la transaction. Cependant, si une peine avait été stipulée pour le cas où l'une des parties dirigerait une attaque judiciaire contre la transaction, la peine devrait, à moins de circonstances spéciales, être considérée comme un dédommagement pour le préjudice que le fait d'une pareille attaque causerait à l'autre partie, et pourrait, par conséquent, être réclamée cumulativement avec le principal[14]. Il est bien entendu que quand une demande en nullité vient à être dirigée contre la transaction, la question de savoir si la peine se trouve ou non encourue reste en suspens jusqu'à la décision du litige[15], et que la clause

[14] En disant « qu'on peut ajouter à une transaction, la stipulation « d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter », l'art. 2047 n'a point eu pour objet de déroger au second alinéa de l'art. 1229, et de poser en principe qu'en matière de transaction, la peine se cumule nécessairement et toujours avec le principal. La question reste, pour les transactions, comme pour toutes les autres conventions, une simple question d'intention, qui doit, en général, être résolue contre le cumul : *In obligationibus semper quod minimum est præsumitur.* Mais dans l'hypothèse spéciale où une peine a été stipulée contre celle des parties qui attaquerait la transaction, l'intention des parties ne peut rationnellement s'expliquer que dans le sens du cumul. Cpr. § 309, note 5 ; L. 10, § 1, D. *de pactis* (2, 14) ; L. 122, § 6, *de V. O.* (45, 1) ; Pothier, *Des obligations*, nos 343 et 348 ; *Exposé de motifs* par Bigot-Préameneu, et *Rapport fait au Tribunat*, par Albisson (Locré, *Lég.*, XV, p. 420, no 5, et p. 433, no 5) ; Toullier-VI, 830 ; Duranton, XI, 345 ; Troplong, nos 103 et suiv. ; Larombière, *Des obligations*, III, p. 20, no 5 ; Pont, II, 621 à 624 ; Colmet de Santerre, V, 106, III.

[15] Pont, II, 622 et 623. Voy. en sens contraire : Toullier, VI, 829 ; Marbeau, no 180 ; Troplong, nos 103 et 105. D'après ces auteurs, la peine serait encourue par le fait seul d'une demande en nullité dirigée contre la transaction, en ce sens que le juge ne pourrait se refuser à la prononcer immédiatement, et en subordonner l'application à la décision à rendre sur le fond. En émettant cette opinion, ces auteurs ont oublié que l'attaque dirigée contre la transaction, l'est aussi, par cela même, contre la clause pénale qui n'en est que l'accessoire, et présente ainsi un caractère essentiellement préjudiciel. C'est probablement en partant de la supposition que la clause pénale dont il s'agit aurait effectivement pour résultat d'interdire toute attaque contre la transaction avant le paiement de la peine, que Zachariæ (§ 411, note 5) a été amené à considérer une pareille clause comme contraire à l'ordre public.

pénale tomberait avec la convention principale, si celle-ci était annulée [16].

3° De sa nature, la transaction n'est pas transmissive, mais simplement déclarative ou récognitive des droits qui faisaient l'objet du différend sur lequel elle est intervenue [17]. Il en résulte :

Qu'elle ne donne pas ouverture à garantie, à raison de l'éviction que l'une des parties éprouverait quant aux droits reconnus à son profit [18].

[Qu'elle ne constitue pas, lorsqu'elle intervient entre l'héritier *ab intestat* et le légataire universel, une cession de celui-ci à celui-là, emportant de sa part acceptation de la succession par application de l'art. 780 [18] *bis*.]

Qu'elle ne constitue point par elle-même un titre propre à fonder l'usucapion [19].

[16] Art. 1227, al. 1. Pont, II, 623. Marbeau, n° 182. Troplong, n° 107. Voy. cep. Touiller, VI, 831 et 832.

[17] La règle que la transaction est simplement déclarative et non transmissive était anciennement controversée. Dumoulin et d'Argentré la firent triompher. Elle a été sanctionnée par la loi du 22 frimaire an VII (art. 68, § 1, n° 45), qui ne soumet la transaction qu'à un droit fixe. Merlin, *Rép.*, v° Partage, § 11 ; et v° Transaction, § 4, n° 6. Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, I, 597 à 607. Troplong, n°s 7 à 10. Valette, *Revue étrangère et française*, 1843, X, p. 231 et suiv. G. Demante, *Exposition des principes de l'enregistrement*, n°s 317 à 325. Beautemps-Beaupré, *Revue pratique*, 1863, XVI, p. 264. Pont. II, 630 et suiv. [Wahl, *Traité de droit fiscal*, I (Enregistrement) 1902, n° 510.]

[18] Cette proposition, consacrée par la loi 33, C. *de trans.* (2, 4), avait été formellement reproduite dans l'art. 16 du projet du titre *Des transactions* (Locré, *Lég.*, XV, p. 405). Bien que cet article ait été supprimé, lors de la discussion au Conseil d'État, comme contraire à l'équité (*op. cit.*, p. 406, n° 13), la proposition énoncée au texte n'en doit pas moins être maintenue, puisque les rédacteurs du Code sont évidemment partis d'un faux point de vue, et que l'erreur dans laquelle ils sont tombés n'a point été convertie en disposition législative. Il est certain que celui qui renonce, même moyennant un prix, à ses prétentions sur l'objet litigieux formant la matière de la transaction, ne cède pas cet objet lui-même et le laisse simplement à l'autre partie avec les droits que celle-ci prétendait y avoir. Pothier, *De la vente*, n° 646. Marbeau, n° 75. Troplong, n° 12. Pont, II, 640. Zachariæ, § 421, texte et note 6.

[18 *bis*. Cass., 3 janvier 1883, Sir., 83, 1, 349.]

[19] Cpr. § 218, texte et note 3. Pont, II, 639.

Et qu'elle n'est pas sujette à transcription [20], alors même qu'elle porte sur des immeubles.

Enfin, on doit également en conclure, qu'elle ne saurait donner lieu à la perception d'un droit proportionnel de mutation [21].

Le principe ci-dessus posé ne s'applique point aux objets qui, sans former la matière de la contestation sur laquelle les parties ont transigé, ont été cédés par l'une des parties à l'autre, comme prix ou comme condition des concessions que cette dernière faisait de son côté La transaction constitue, relativement aux objets ainsi cédés, un titre translatif, susceptible de servir de fondement à l'usucapion, donnant, en cas d'éviction, ouverture à garantie, et soumis à la transcription, ainsi qu'au droit proportionnel de mutation [22].

Quoique les transactions n'aient pas, à l'égard des tiers, plus de force que d'autres conventions, ceux-ci ne peuvent cependant attaquer que par la voie de la tierce

[20] Cpr. § 209, texte B, notes 50 et 52. Pont, II, 612. [Bordeaux, 17 mars 1892, Sir., 94, 2, 9. Orléans, 23 nov. 1893, *ibid.* Cpr. Cass., 20 janvier 1901, Sir., 09, 1, 123.]

[21] Loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 3, n° 45. La Cour de cassation, tout en reconnaissant que la transaction est de sa nature simplement déclarative et non transmissive, décide cependant qu'une transaction intervenue entre les héritiers non réservataires, qui contestent la validité du testament, et le légataire universel envoyé en possession, donne lieu au droit proportionnel de mutation pour toutes les valeurs héréditaires abandonnées aux héritiers. Voy. Chamb. réun., Cass., 12 novembre 1865, Sir., 66, 1, 73; Civ., cass., 30 janvier 1866, Sir., 68, 1, 78; et les décisions antérieures citées sous le premier de ces arrêts. Nous ne saurions donner notre adhésion à cette jurisprudence. A notre avis, la Cour suprême semble attacher à l'envoi en possession, qui n'est qu'un acte de juridiction gracieuse et qui reste sans influence sur le fond du droit, un effet légal qu'il ne saurait produire. Quant à la saisine héréditaire, qu'en l'absence d'héritiers à réserve l'art. 1006 attribue au légataire universel, elle est nécessairement subordonnée à la validité du testament ; et si, à la suite d'une contestation sérieuse sur ce point, il survient une transaction par laquelle le légataire universel fait le sacrifice d'une partie de ses prétentions, on ne saurait dire qu'il abandonne des biens dont il se soit en réalité trouvé saisi. Voy. dans ce sens : Pont, *Revue critique*, 1866, XXVIII, p. 289.

[22] Pothier, *op. cit.*, n° 647. Marbeau, *loc. cit.*, Troplong, n°s 11 et 13.

opposition, une transaction judiciaire convertie en jugement, dans les circonstances où ils seraient obligés de recourir à cette voie, si on leur opposait un jugement ordinaire.

§ 422.

Des causes de nullité des transactions.

Les transactions peuvent, comme toute convention en général, être attaquées par voie de nullité, pour cause de violence [1 *bis*] ou de dol [1 *ter*]. Art. 2053, al. 2. Sous ce rapport, les règles du Droit commun ne reçoivent, dans notre matière, aucune modification.

Mais, à la différence des autres conventions, les transactions ne peuvent être attaquées pour erreur de droit [1 *quater*]. D'un autre côté, elles ne peuvent l'être pour cause de lésion[1]. Art. 2052, al. 2.

Quant à l'erreur de fait, elle est une cause de nullité des transactions comme des autres conventions. C'est ainsi que la transaction peut être attaquée pour erreur, soit sur l'objet ou la nature de la contestation[2], soit sur la personne avec laquelle elle a été conclue[3]. Art. 2053, al. 1.

[1 *bis*. Voy. comme application : Cass., 19 février 1879, Sir., 80, 1, 62.]

[1 *ter*. Voy. comme application : Cass., 25 oct. 1898, Sir., 1900, 1, 410. Cpr. Cass., 25 octobre 1892, Sir., 93, 1, 505.]

[1 *quater*. Voy. comme application Civ. rej., 25 octobre 1892, Sir., 93, 1, 505. Il est à remarquer que la Cour de cassation, dans cet arrêt, considère l'erreur de la demanderesse sur l'application de la loi étrangère (loi ottomane), dont elle se prévaut ultérieurement, comme constituant une erreur de droit, ce qui n'est pas en parfaite harmonie avec la solution classique du refus de la cassation pour violation de la loi étrangère. Voy. § 31, texte et note 43.]

[1] Voy. cep. art. 888 ; § 626, texte n° 2.

[2] Il y aurait erreur quant à la nature de la contestation, dans le cas, par exemple, où l'une des parties aurait entendu transiger sur le possessoire seulement, et l'autre sur le pétitoire.

[3] D'après les explications données par Bigot-Préameneu (*Exposé de motifs*, Locré, *Lég.*, XV, p. 423, n° 11), l'erreur sur la personne consisterait, en matière de transaction, dans la fausse croyance que celui avec

Elle peut l'être également, toutes les fois qu'elle a été déterminée par des faits ou par des pièces que les parties ou une d'elles avaient supposés constants ou vrais, et dont l'inexactitude ou la fausseté a été ultérieurement reconnue.

Il en est ainsi dans les hypothèses suivantes[4] :

a. Lorsque la transaction a été conclue en exécution d'un titre nul [4 *bis*] dont l'une des parties ignorait en fait la nullité[5]. Art. 2054. [Et ce, alors même que la

lequel on a transigé, avait réellement qualité pour élever des prétentions sur le droit douteux, tandis que ce droit lui était complètement étranger. Mais, à ce point de vue, la transaction serait à considérer comme non avenue, et non pas comme simplement annulable. Aussi, MM. Larombière (I, art. 1110, n° 18), Colmet de Santerre (V. 17 *bis*, II), et Demolombe (XXIV, 120) supposent-ils que la transaction, conclue d'ailleurs avec la personne qui avait qualité pour y concourir, est attaquée sous le prétexte d'une erreur sur les rapports de parenté, d'amitié, de reconnaissance, ou autres existant entre les parties. Si telle était effectivement l'hypothèse que le législateur a eue en vue, il conviendrait, comme le disent ces auteurs, de combiner l'art. 2053 avec l'art. 1110, et de n'admettre l'action en nullité qu'autant que la considération de la personne a été la cause principale de la transaction. Seulement paraît-il difficile d'imaginer des circonstances dans lesquelles se produirait une pareille erreur sur la personne. Cpr. Duranton, X, 124; Troplong, n° 143; Mugnier, *Revue critique*, 1858, XII, p. 82 ; Zachariæ, § 422, note 2.

[4] D'après Zachariæ (§ 422, texte et notes 6 à 11) et M. Mugnier (*Revue critique*, 1858, XII, p. 81 et suiv.), la transaction serait nulle pour défaut de cause dans les cas prévus par les art. 2051 à 2057; et telle paraît être également l'opinion du tribun Gillet (Locré, *Lég.*, XV, p. 146, n° 8). Mais cette manière de voir est évidemment inadmissible, en ce qui concerne les art. 2055, 2056 et 2057, qui subordonnent l'admission de l'action en nullité à l'existence d'une erreur ou d'une ignorance de fait. L'hypothèse dont s'occupe l'art. 2054 est la seule qui puisse donner lieu à difficulté. Voy. à cet égard la note [5 *infra*]. Pont, n° 701.

[4 *bis*. On ne confondra pas cette hypothèse avec celle où la transaction aurait été conclue sur le fondement d'un titre valable, alors que les prétentions qu'elle avait pour objet auraient pu, également, se rattacher à un titre différent nul. Voy. comme application Cass., 2 mai 1882, Sir., 84, 1, 158 (transaction intervenue entre l'héritier et la concubine du *de cujus*, et portant, non sur le partage d'une prétendue communauté résultant du concubinage (titre nul), mais uniquement sur le point de savoir quels étaient, parmi les objets restés, au décès du *de cujus*, en la possession de sa concubine, ceux qui appartenaient réellement à l'un ou à l'autre).]

[5] L'art. 2054 ne semble écarter l'action en nullité dirigée contre une transaction faite en exécution d'un titre nul, qu'autant que *les parties*

question de nullité aurait été soulevée avant la transaction, si elle avait été soulevée sur un autre point que celui à raison duquel la nullité a été ultérieurement prononcée[5] *bis*].

b. Lor que les pièces au vu desquelles elle a été faite ont plus tard été reconnues fausses[6]. Art. 2055.

c. Quand la contestation sur laquelle elle est intervenue, se trouvait déjà terminée par un jugement passé en force de chose jugée, dont les parties ou l'une d'elles n'avaient pas connaissance[7]. Art. 2056.

ont expressément traité sur la nullité. Déterminé par ces dernières expressions, nous avions enseigné, dans nos précédentes éditions, qu'en pareil cas la transaction est nulle pour défaut de cause, abstraction faite de toute erreur ; mais en faisant remarquer que la disposition de l'art. 2054, ainsi entendue, pouvait prêter à critique en théorie. Un nouvel examen de la question nous a conduits à reconnaître que les expressions finales de l'article précité n'étaient point aussi décisives qu'elles le paraissent au premier abord. S'il en résulte que l'action en nullité doit être rejetée comme non recevable, lorsque les parties ont expressément traité sur la nullité, il n'en ressort pas que, dans l'hypothèse contraire, elle doive nécessairement être admise comme fondée, alors même que la partie qui attaque la transaction aurait connu le fait de nature à entraîner la nullité du titre en exécution duquel elle a été conclue. La liaison qui existe entre l'art. 2054 et celui qui le précède, ainsi que son rapprochement de ceux qui le suivent, démontrent qu'ici encore le législateur n'a entendu ouvrir contre la transaction, qu'une action en nullité pour erreur de fait, et non l'écarter, comme non avenue pour défaut de cause. Cette interprétation est d'autant plus plausible, qu'elle met l'art. 2054 en harmonie parfaite avec les art. 1338 et 2052. Duranton, XVIII, 423. Troplong, nos 145 à 149. Pont, II, 702 à 711. Req. rej., 25 mars 1807, Sir., 7, 1, 199. Civ., cass., 19 juin 1813, Sir., 13, 1, 378. Civ., rej., 18 août 1813, Sir., 14 1, 85. Req. rej., 19 décembre 1865, Sir., 66, 1, 301. [Poitiers, 10 juin 1878, Sir., 79, 2, 109. Cass., 25 octobre 1892, Sir., 93, 1, 505. Cass., 28 janvier 1905, Sir., 05, 2, 212.] Voy. cep. Merlin, *Rép.*, vo Transaction, § 5, no 4 ; Pochonnet, *Revue pratique*, 1856, IX, p. 196, no 20. Suivant ces auteurs, l'erreur de droit devrait, quant à l'application de l'art. 2054, être placée sur la même ligne que l'erreur de fait.

[5 *bis*. Req., 14 août 1877, Sir., 78, 1, 174.] Cpr. en matière de chose jugée § 769, texte et note 91.]

6 En disant que la transaction faite sur des pièces fausses est *entièrement* nulle, c'est-à-dire nulle dans toutes ses parties, l'art. 2055 ne fait que consacrer une application du principe de l'indivisibilité des transactions. Cpr. § 421, texte no 1, et note 13.

7 Si le jugement était susceptible d'appel, la transaction serait valable, bien que l'existence de ce jugement n'ait point été connue des parties ou

d. Lorsque, la transaction ayant porté sur un objet déterminé[8], il se trouve constaté, par des pièces nouvellement découvertes [[8] *bis*] que l'une des parties n'avait aucun droit sur cet objet[9]. Art. 2057.

Du reste, on est toujours recevable à demander la rectification des erreurs de calcul qui se sont glissées dans une transaction. Art. 2058.

2. *Du cautionnement.*

SOURCES. *Code Napoléon*, art. 2011–2043. — BIBLIOGRAPHIE. Pothier, *Traité des obligations*, chap. VI. *Du cautionnement en matière civile et commerciale*, par Ponsot; Paris, 1844; 1 vol. in-8°, *Du cautionnement*, par Troplong; Paris, 1846; 1 vol in-8°. Pont, *Des petits contrats*, II. n°s 1 à 150.

§ 423.

Notion de ce contrat. — Des conditions essentielles à son existence.

Le cautionnement est un contrat par lequel l'une des parties prend l'engagement personnel d'accomplir, au profit de l'autre, une prestation qu'un tiers doit à celle-ci, comme débiteur principal ou comme caution[1], dans le

de l'une d'elles. On ne saurait dire avec certitude que la connaissance de ce jugement eût empêché la transaction. Art. 2056, al. 2.

[8] La transaction intervenue généralement sur toutes les affaires que les parties pouvaient avoir ensemble, n'est pas attaquable sous prétexte de la découverte de pièces nouvelles, à moins qu'elles n'aient été retenues par l'une des parties, fait qui constituerait un dol, au point de vue du caractère particulier de la transaction. Art. 2057, al. 1. Cpr. Code de procédure, art. 480, n° 10.

[[8] *bis*. Dans l'hypothèse prévue § 420, note 1 *in fine*, le testament découvert après la transaction consentie au débiteur par l'héritier apparent ne serait pas une pièce nouvelle au sens de l'art. 2057, puisque ce n'est pas le titre d'héritier, invoqué par l'héritier apparent, qui a déterminé la transaction : Cass., 10 avril 1888, Sir., 89, 1, 457.]

[9] Si les pièces nouvellement découvertes ne faisaient que confirmer les prétentions de l'une des parties, celle-ci ne pourrait s'en prévaloir pour demander l'annulation de la transaction, à moins que l'autre partie ne les eût retenues par dol.

[1] Celui qui cautionne une caution (*fidejussor fidejussoris*) est appelé certificateur de caution. Cpr. art. 2035.

cas où ce tiers n'acquitterait pas lui-même sa dette. Art. 2011 et 2014, al. 2.

L'existence de tout cautionnement suppose donc les conditions suivantes :

1° Le consentement des parties, c'est-à-dire du créancier et de celui qui se rend caution [1 *bis*]. Le concours du tiers débiteur n'est pas nécessaire. On peut se rendre caution sans ordre de la part de ce tiers, à son insu, et même malgré sa défense[2]. Art. 2014, al. 1.

2° Une dette pour sûreté de laquelle le cautionnement soit fourni.

3° L'engagement personnel d'acquitter la dette d'un tiers [obligé principal[2] *bis*]. La seule remise d'un gage ou la simple constitution d'une hypothèque, pour sûreté de la dette d'un tiers, ne forme pas un cautionnement, dans le sens propre du mot[3]. [Le juge du fait apprécie d'ailleurs souverainement s'il résulte des termes dont la personne poursuivie comme caution s'est servie, qu'elle a entendu s'obliger civilement comme caution, ou ne prendre qu'un engagement d'honneur et de conscience [3] *bis*, ou même ne contracter qu'une obligation civile différente du cautionnement proprement dit[3] *ter*.]

4° Enfin la limitation de l'engagement au cas où le débiteur n'acquitterait pas lui-même sa dette.

Le cautionnement étant essentiellement un contrat accessoire, ne peut ni avoir pour objet une prestation

[1 *bis*. Cpr. Cass., 5 mai 1905, Sir., 06, 1, 440 (absence de cautionnement faute d'un engagement suffisant de la prétendue caution.]

[2] Duranton, XVIII, 316. Troplong, n° 128. Pont, II, 89. Cpr. cep. § 427, texte et note 14.

[2 *bis*. Cpr. sur cette opposition nécessaire de la caution et du débiteur principal : Cass., 25 octobre 1898, Sir., 99, 1, 277.]

[3] Duranton, XVIII, 296. Ponsot, n° 16. Troplong, n° 38. Pont, II, 23. Zachariæ, § 423 *a*, texte et note 1re. Civ. cass., 25 novembre 1812, Sir., 13, 1, 77. Civ. cass., 10 août 1814, Sir., 15, 1, 242. — Toutefois, celui qui a remis un gage, ou constitué une hypothèque, pour sûreté de la dette d'un tiers, doit, à certains égards, être assimilé à une caution. Cpr. § 287, texte n° 6, notes 66 et 69 ; § 321, texte n° 4, notes 86 et 87 ; § 429, texte et note 12.

[3 *bis*. Chambéry, 2 déc. 1878, Sir., 79, 2, 53.]

[3 *ter*. Cass., 9 nov. 1875, Sir., 76, 1, 153.]

différente de celle qui forme la matière de l'obligation principale [3 *quater*], ni excéder le montant de cette dernière, ni enfin être contracté sous des conditions plus onéreuses[4]. Toutefois, le cautionnement qui a été contracté sous des conditions plus onéreuses que l'obligation principale, ou qui excède le montant de celle-ci, ne doit pas être considéré comme non avenu ; il est seulement réductible au montant de la dette pour sûreté de laquelle il a été fourni, et aux modalités sous lesquelles elle a été constituée. Du reste, rien n'empêche que le cautionnement ne soit contracté sous des conditions moins rigoureuses que la dette principale, ou pour une partie de cette dette seulement. Art. 2013. [Le cautionnement, même solidaire, d'une obligation commerciale, souscrit par un non commerçant et sous une forme non commerciale, constitue, d'ailleurs, un engagement purement civil[4] *bis*. Il y a plus. Le cautionnement même consenti par un commerçant, en faveur d'un autre commerçant, même pour l'achat d'un fonds de commerce,

[3 *quater*. C'est par application de cette idée que la caution du cessionnaire d'un office ministériel, si elle peut s'obliger, dans la mesure du prix accepté par la chancellerie, même par un acte auquel ne concourt pas le cessionnaire (Cass., 18 mars 1895, Sir., 96, 1, 11), ne saurait s'obliger envers le cédant à en payer le prix avant la prestation de serment du cessionnaire. Cass., 8 mars 1887, Sir., 87, 1, 383.]

[4] [C'est ainsi que la capitalisation des intérêts, qui n'a point été imposée au débiteur principal, ne saurait être ajoutée à la dette de la caution, alors même que la dette de la caution serait, d'autre part, allégée par la concession d'un terme plus long que celui qui a été accordé au débiteur principal. Civ. rej., 2 février 1886, Sir., 87, 1, 5, et la note Labbé.] Il est d'ailleurs bien entendu que la caution peut, pour garantie de son engagement, constituer toutes sortes de sûretés, sans qu'elle doive, pour cela, être considérée comme s'étant obligée sous des conditions plus onéreuses que le débiteur principal. Ainsi, quoique la dette principale soit purement chirographaire, la caution peut valablement constituer une hypothèque au profit du créancier. Delvincourt, sur l'art. 2013. Duranton, XVIII, 311 et suiv. Pont, II, 78. Zachariæ, § 423, *a*, note 6.

[4 *bis* Civ. cass., 27 août 1867, Sir., 67, 1, 375. Bordeaux, 12 mai 1873, Sir., 73, 2, 220. Dijon, 23 nov. 1881, Sir., 82, 2, 75. Req., 27 juin 1888, Sir., 88, 1, 432. Cpr. cep. pour l'application, à certains égards (Cod. de Comm., art. 635) des règles du droit commercial à ce cautionnement civil, Besançon, 20 nov. 1884, Sir., 86, 2, 206.]

n'a pas le caractère d'une obligation commerciale, lorsque la caution susvisée l'est devenue à titre officieux, dans une pensée de pure bienfaisance, en dehors de tout intérêt personnel[4] *ter*.]

Le cautionnement peut précéder l'obligation principale, en ce sens qu'il peut être donné pour sûreté d'une obligation future. Il n'est pas même nécessaire que le cautionnement dont, aux termes de la convention, le montant doit se déterminer par celui des engagements que contractera le débiteur principal, soit restreint à une somme fixe[5].

L'engagement par lequel une personne, en promettant le fait d'un tiers, se porte fort pour lui, ne constitue pas un cautionnement, mais une obligation principale d'une nature particulière[6].

[4 *ter*. Rouen, 7 janvier 1859, Sir., 60, 2, 93. Besançon, 21 mai 1860, Sir., 61, 2, 141. Req. 13 août 1872, Sir., 73, 1, 56. Civ. rej. 26 mai 1906, Sir., 06, 1, 433 (note critique de M. Lyon-Caen sur l'application). Paris, 16 juillet 1907, Sir., 08, 2, 46. Cpr. Cass., 31 janvier 1872, Sir., 72, 1, 106. Bourges, 13 février 1872, Sir., 73, 2, 88. Cass., 27 juin 1888, Sir., 88, 1, 432. Bordeaux, 30 mai 1904, Sir., 05, 2, 64.]

[5] Art. 1129 et 1130. Duranton, XVIII, 297. Pont, II, 28 et 29. Grenoble, 10 juin 1825, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VIII, 2, 86. Paris, 15 janvier 1831, Sir., 31, 2, 198. Metz, 28 mars 1833, Sir., 35, 2, 49. Req. rej., 16 juin 1846, Sir., 46, 1, 440. Cpr Zachariæ, § 423 *a*.

[6] Delvincourt, III, p. 257. Ponsot, nos 14 et 15. Troplong, nos 23 à 29. Pont, II, 12. Zachariæ, § 423 *a*, note 4. Cpr. art. 1120 ; § 343 *ter*, texte no 1. — On peut, en se portant fort pour un tiers, promettre qu'il ratifiera ou qu'il n'attaquera pas une obligation par lui contractée, quoique cette obligation ne soit pas susceptible d'être valablement cautionnée. Ainsi, par exemple, on peut garantir l exécution de la vente d'un fonds dotal, quoiqu'on ne puisse, à proprement dire, la cautionner. Art. 2012, al. 1. Il est même à remarquer que l'engagement contracté par un tiers au profit de l'acquéreur d'un immeuble dotal, présente de sa nature, et alors même qu'on l'aurait qualifié de cautionnement, le caractère d'une obligation de porte-fort, plutôt que celui d'un simple cautionnement. N'est-il pas, en effet, évident qu'un pareil engagement n'a d'autre objet que de garantir l'acquéreur contre les suites de la demande en nullité de la vente? Cette observation suffit pour justifier au fond les décisions suivantes, dont nous ne pouvons approuver les motifs. Cpr. Req. rej., 11 mars 1807, Sir., 7, 1, 214 ; Req. rej., 3 août 1825, Sir., 26, 1, 119 ; Riom, 31 janvier 1828, Sir., 28, 2, 252 ; Grenoble, 17 février 1847, Sir., 48, 2, 55 ; Montpellier, 7 mars 1850, Sir., 50, 2, 381. Elle démontre, du reste, comme

La solidarité à laquelle la caution peut se soumettre, n'enlève pas au cautionnement son caractère d'engagement accessoire, et ne rend pas la caution débitrice directe de l'obligation principale. Le cautionnement solidaire reste, sauf la privation du bénéfice de discussion, et le cas échéant, de celui de division, régi par les règles du cautionnement simple[7]. C'est ainsi que la caution solidaire peut opposer au créancier, du chef du débiteur principal, toutes les exceptions que la caution simple est autorisée à faire valoir, et notamment celle de compensation pour le total de la dette[8]. C'est ainsi encore que

le fait remarquer avec raison M. Troplong (n° 31), que la controverse sur la question de savoir si la vente d'un immeuble dotal peut ou non être cautionnée, n'est guère qu'une dispute de mots. Cpr. § 537, texte n° 1.

[7] Suivant Duranton (XVIII, 332) et Zachariæ (§ 423 *a*, texte *in fine*), la caution solidaire devrait, dans ses rapports avec le créancier, être considérée, à tous égards, comme un codébiteur solidaire, et ne conserverait sa qualité de caution que vis-à-vis du débiteur principal. [Voy. encore en ce sens Laurent, XXVIII, n° 206. Guillouard, *Cautionnement*, n° 124.] Cette opinion fait violence à la nature des choses : le cautionnement n'est qu'un engagement accessoire ; et ce caractère essentiel lui reste, quelles que soient les modalités et les clauses plus ou moins rigoureuses sous lesquelles il est consenti. En vain opposerait-on la disposition finale de l'art. 2021. Cette disposition, qui doit être entendue *secundum subjectam materiam*, n'a d'autre objet, en effet, que de placer, au point de vue du droit de poursuite compétant au créancier, la caution solidaire sur la même ligne que le codébiteur solidaire, et de refuser à la première la faculté de se prévaloir, à l'instar de la caution simple, du bénéfice de discussion, dont ne jouit pas le second. C'est ce que prouvent, d'une part, l'assimilation établie par l'art. 2021 lui-même, entre l'hypothèse où la caution se borne à renoncer à ce bénéfice, et celle où elle s'engage solidairement ; d'autre part, la corrélation que présente la disposition finale de cet article, avec l'art. 1203, auquel elle se réfère visiblement. Du reste, les propositions émises au texte s'appliqueraient même au cas où la caution se serait engagée *solidairement et comme principal payeur*. Mais il est bien entendu que celui qui se serait obligé comme *codébiteur solidaire*, ne pourrait prétendre, vis-à-vis du créancier, qu'il n'est en réalité que caution. Ponsot, n° 568. Troplong, n°s 522 et 523. Pont, II, 13. Cpr. Req. rej., 20 mars 1843, Sir., 43, 1, 455 ; Civ. cass., 18 juillet 1866, Sir., 66, 1, 429. [Voy. en sens contraire de notre opinion : Riom, 1er juillet 1897, Sir., 98. 2, 143.]

[8] Art. 1294, al. 1er *Non obstat* art. 1294, al. 3 ; arg. art. 2036. Toullier, VII, 376, à la note. Duranton, XII, 423. Desjardins, *De la compensation*, n° 126, p. 438 et 439. Colmet de Santerre, V, 246 *bis*, IV. Toulouse, 14 août

l'acte interruptif de prescription, fait à l'encontre de la caution solidaire, ne peut, pas plus qu'un acte dirigé contre la caution simple, être opposé au débiteur principal[9]. [Toutefois, la renonciation du créancier à la solidarité vis-à-vis de l'une des cautions solidaires, reste régie, quant à ses effets, par l'art. 1215[9] *bis.*]

Quoique le cautionnement soit de sa nature un contrat de bienfaisance, la gratuité n'est pas de son essence. Rien ne s'oppose à ce que celui qui se porte caution, ne stipule une équitable indemnité en compensation des risques auxquels il s'expose, et des difficultés que peut présenter son recours[10]. Il ne faut, du reste, pas confondre un cautionnement accompagné d'une pareille stipulation avec la convention connue sous la dénomination de *del credere*, convention qui constitue, de la part de celui qui stipule du créancier une prime pour la garantie de la solvabilité d'une tierce personne, un engagement principal, présentant les caractères d'un contrat d'assurance[11].

§ 424.

Des conditions de la validité du cautionnement.

La validité du cautionnement n'est subordonnée à l'observation d'aucune formalité extrinsèque. Ainsi, il n'est pas nécessaire qu'il soit constaté par écrit[1]. Toutefois, la volonté de se rendre caution ne peut s'induire

1818, Sir., 19, 2, 221. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1294, n° 4; Lair, *De la compensation*, p. 253.

[9] Voy. § 215, texte n° 2, lett. *c*, et note 66.

[[9] *bis.* Voy § 426, note 23 *bis.*]

[10] Duranton, XVIII, 300. Ponsot, n° 21. Troplong, n° 15. Pont, II, 16. Zachariæ, § 423 *a*, note 1re *in fine*. Rouen, 4 décembre 1827, Sir, 28, 2, 91. Limoges, 23 janvier 1847, Sir., 48, 2, 124. [Cpr. sur le cas de substitution de caution, en ce qui concerne l'indemnité due à la caution remplacée : Cass., 2 mai 1906, Sir., 08, 1, 286.]

[11] Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, II, 303. Troplong, n° 37. Pont, II, 17 et 18.

[1] Ponsot, n° 10. Troplong, n° 135. Pont, II, 91. Zachariæ, § 424, note 1re, *in fine*. Req. rej., 26 mai 1829, Sir., 29, 1, 218. Civ. rej., 1er février 1836, Sir., 36, 1, 511. Cpr. Civ. rej., 8 mars 1853, Sir., 54, 1, 769.

des circonstances, quelque concluantes qu'elles paraissent [2]; elle doit, pour être efficace, avoir été déclarée d'une manière expresse. Art. 2015.

[Le cautionnement, régi, comme tous les contrats, par les art. 1109 et suiv., peut être annulé, en tout ou en partie, notamment lorsqu'il est consenti par suite d'une erreur sur la substance ou les qualités substantielles de la dette qui en fait l'objet [2] *bis*, qui a été la cause unique et déterminante du cautionnement [2] *ter*.]

Toute personne capable de s'obliger est, par cela même, capable de se rendre caution [3]. Mais une personne ayant capacité de s'obliger n'est pas, pour cela seul, susceptible d'être présentée comme caution, par un débiteur qui est tenu de fournir un cautionnement [4].

Le cautionnement peut être donné pour toute espèce d'obligations ayant pour objet des prestations appréciables en argent. Mais l'efficacité en est, en règle générale, subordonnée à l'existence et à la validité de l'obligation à laquelle il se rattache. Art. 2012, al. 1.

Il résulte de ce principe, que celui qui a cautionné une dette purement naturelle, ne peut être contraint à l'acquitter [5], et que celui qui a cautionné une obligation

[2] Ainsi, une invitation de prêter de l'argent ou de fournir des marchandises à un tiers ne peut, quoiqu'on le recommande et que l'on certifie même sa solvabilité, être considérée comme un cautionnement. *Rapport au Tribunat*, par Chabot (Locré, *Lég.*, XV, p. 339, n° 9). Merlin, *Rép.*, v° Caution, § 3.

[[2] *bis*. Voy. comme application. Cass., 30 juillet 1894, Sir., 95, 1, 72.]

[[2] *ter*. Cass., 16 mars 1898, Sir., 02, 1, 331.]

[3] La disposition du sénatus-consulte Velléien, qui défendait aux femmes de se rendre caution, a été rejetée par le Code Napoléon.

[4] Cpr. 425, texte n° 2.

[5] L'exception admise par le second alinéa de l'art. 2012, en ce qui concerne les dettes civiles, devenues purement naturelles par suite de l'annulation qui n'a été prononcée [qu'à] raison de l'incapacité de l'obligé, ne peut être étendue aux dettes naturelles en général. Cpr. § 297, texte n° 3. Voy. cep. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 252 ; Larombière, *Des obligations*, III, art. 1235, n° 10 ; Colmet de Santerre, V, 174 *bis*, III ; Pont, II, 41. Voy. aussi : Zachariæ, § 424, note 10 *in fine*. Suivant cet auteur, tout cautionnement d'une obligation naturelle devrait valoir comme expromission. Mais cette manière de voir doit être rejetée comme

civile, est autorisé à opposer au créancier, toutes les exceptions de nullité ou de rescision que le débiteur principal pourrait faire valoir.

Ce principe reçoit cependant exception en ce qui concerne les obligations civiles susceptibles d'être annulées ou rescindées par une cause uniquement fondée sur l'incapacité du débiteur principal. Ainsi, est valable le cautionnement donné pour sûreté d'une obligation contractée par un mineur parvenu à l'âge de discernement, ou par une femme mariée non autorisée[6]. Il en est de même de celui qui a été fourni pour garantie d'un engagement contracté par un interdit dans un intervalle lucide[7]. Le cautionnement qui s'applique à de pareilles obligations demeure efficace, même après que le débiteur a fait prononcer l'annulation ou la rescision de son engagement. Art. 2012, al. 2, et 2036, al. 2.

§ 425.

Des diverses espèces de cautions. — Des effets de l'obligation de fournir une caution.

1° Le cautionnement est conventionnel, légal, ou judiciaire, selon qu'il est fourni en vertu d'une convention, d'une disposition de la loi[1], ou d'un jugement par lequel le juge a, de son autorité, imposé à l'une des

contraire au principe que la novation ne se présume pas. Cpr. § 324, texte n° 4, notes 38 et 39.

[6] Toullier, VI, 394. Duranton, XVIII, 305. Troplong, n° 82. Demolombe, IV, 342 et 343. Zachariæ, § 424, texte et note 11. Civ. cass., 30 novembre 1812, Sir., 16, 1, 140. Paris, 24 juillet 1819, Sir., 20, 2, 145. Req. rej., 17 décembre 1834, Sir., 35, 1, 544.

[7] Troplong, n° 80. Pont, II, 42. Cpr. Duranton, XVIII, 306; Zachariæ, *loc. cit.* Ces auteurs n'exigent pas même, pour la validité du cautionnement, que l'obligation principale ait été contractée dans un intervalle lucide. Mais cette opinion n'est pas admissible. Un engagement contracté en état de démence n'est pas seulement annulable en raison de l'incapacité civile résultant de l'interdiction ; il doit être annulé pour défaut de consentement.

[1] Cpr. art. 16, 120, 601, 626, 771, 807, 1518, 1613, 1653 et 2185.

parties litigantes, l'obligation de le donner [2]. Lorsqu'un jugement condamne l'une des parties à fournir une caution, en exécution d'une obligation conventionnelle ou légale dont il déclare l'existence, le cautionnement conserve sa nature primitive, et ne devient point judiciaire [3]. A plus forte raison, le cautionnement n'est-il pas judiciaire, par cela seul que la caution a dû être reçue par jugement, et que, par suite, elle a été obligée de faire sa soumission au greffe [4].

2° Quand une personne est, par un motif quelconque, tenue de fournir une caution, il ne suffit pas que celle qu'elle présente, jouisse de la capacité de s'obliger ; il faut, en outre, qu'elle possède des biens suffisants pour répondre de la dette [4 *bis*], et qu'elle ait son domicile dans le ressort de la Cour d'appel où le cautionnement est à fournir. Art. 2018 et 2040, al. 1 [5].

La solvabilité d'une caution s'apprécie uniquement d'après la valeur de ses immeubles [6], à moins cependant qu'il ne s'agisse d'une obligation commerciale, ou que la dette pour sûreté de laquelle le cautionnement est fourni, ne soit modique. Encore le juge ne doit-il avoir égard, ni aux immeubles sur lesquels la caution n'aurait que

[2] C'est ce qui a lieu lorsque le juge accorde une provision, ou qu'il autorise l'exécution provisoire de son jugement, à la charge de fournir caution. Cpr. Code de procédure, art. 135 et 439.

[3] Ainsi, lorsqu'un usufruitier, qui prétendait être dispensé de fournir caution à raison de sa qualité ou d'une clause de son titre, est condamné, sur la demande du nu-propriétaire, à en donner une, le cautionnement conserve son caractère de cautionnement légal. Pont, II, 431. Zachariæ, § 429, note 1re. — C'est à tort que MM. Duranton (VII, 31) et Poujol (sur l'art. 807, n° 2), qualifient de judiciaire la caution à fournir par l'héritier bénéficiaire en vertu de l'art. 807.

[4] Ainsi, la caution que doit fournir, aux termes de l'art. 2185, le créancier qui veut user de la faculté de surenchérir, est légale et non judiciaire. Cpr. Code de procédure, art. 832, cbn. art. 518 ; § 294.

[4 *bis*. Cpr. Toulouse, 30 mai 1873, Sir., 73, 2, 301.]

[5] La disposition du second alinéa de l'art. 2040, aux termes de laquelle les personnes présentées comme cautions judiciaires doivent être susceptibles de contrainte par corps, est devenue sans objet par suite de l'abolition de la contrainte par corps en matière civile et commerciale. Loi du 22 juillet 1867, art. 1.

[6] Cpr. cep. Paris, 9 avril 1843, Sir., 13, 2, 208.

des droits sujets à résolution ou à contestation[7], ni à ceux dont la discussion serait trop difficile à raison de l'éloignement de leur situation[8]. Mais il peut et doit prendre en considération les immeubles grevés, soit de droits d'usufruit ou d'usage, soit de privilèges ou d'hypothèques, sauf à déduire de leur valeur estimative, celle des charges auxquelles ils sont soumis. Art. 2019.

Si la caution fournie par le débiteur devient plus tard insolvable[9], celui-ci est tenu d'en donner une autre, peu importe que la première ait été reçue volontairement ou en justice. Art. 2020, al. 1. Il en est de même, si la caution vient à transporter son domicile hors du ressort de la Cour d'appel, où elle a été reçue. Arg. art. 2018 et 2020, al. 1. Ces règles reçoivent toutefois exception, dans le cas où la caution a été donnée en vertu d'une convention par laquelle le créancier a exigé pour caution telle personne déterminée[10]. Art. 2020, al. 2.

[7] Nous avons cru devoir substituer ces expressions aux termes *immeubles litigieux*, qui se trouvent dans l'art. 2019, al. 2. D'une part, en effet, le juge, chargé d'apprécier la solvabilité d'une caution, est autorisé à faire abstraction d'un immeuble, quoiqu'il ne soit pas litigieux dans le sens de l'art. 1700 ; et d'autre part, l'art. 2019, al. 2, peut s'appliquer, par analogie, aux immeubles dont la propriété est sujette à révocation. Les tribunaux jouissent, sous ce double rapport, d'une grande latitude d'appréciation. Duranton, XVIII, 326. Ponsot, n° 145. Troplong, n° 210. Pont, II, 125. Zachariæ, § 424, texte et note 8. Colmar, 31 août 1810, Sir., 14, 2, 91.

[8] Cette circonstance est également abandonnée à l'appréciation du juge. Duranton, XVIII, 327. Ponsot, n° 156. Troplong, n° 211. Pont, II, 124. Zachariæ, *loc. cit.* Turin, 13 avril 1808, Sir., 12, 2, 371.

[9] Cpr. L. 3, § 3. et L. 4, D. *ut. in poss. leg.* (36, 4).

[10] Pothier (n° 393) étend indistinctement cette exception à tous les cas où le débiteur a contracté sous le cautionnement d'une personne déterminée, ou a promis de donner telle personne pour caution ; et sa manière de voir a été adoptée par Maleville et Delvincourt (sur l'art. 2020). Mais le texte de l'al. 2 de l'art. 2020, et la discussion au Conseil d'État qui en a amené la rédaction définitive (Cpr. Locré, *Lég.*, XV, p. 289, n° 8), prouvent que les rédacteurs du Code Napoléon n'ont entendu modifier le principe général posé par le 1er alinéa de cet article, que dans le cas où c'est le créancier lui-même qui a exigé pour caution telle personne déterminée. Cpr. Duranton, XVIII, 329, à la note. [Dans toute autre hypothèse, la caution est due. Cpr. en ce sens Angers, 6 février 1880, Sir., 82, 2, 215.]

Celui qui s'est obligé par convention à fournir une caution, n'est pas admis à remplacer le cautionnement par d'autres sûretés[11]. Il en est autrement, lorsque le cautionnement doit être fourni en vertu de la loi ou d'un ordre du juge. Dans ce cas, la personne obligée de donner caution est admise à la remplacer, soit par un gage, [même immobilier [11] *bis*], soit par d'autres sûretés équivalentes, telles, par exemple, que le dépôt à la caisse des consignations, d'une somme ou d'une inscription de rente suffisante. Art. 2041, et arg. de cet article. Mais elle ne serait pas reçue à offrir, en remplacement du cautionnement, une constitution d'hypothèque, même sur des biens libres [12].

§ 426.

De l'étendue du cautionnement. — De ses effets entre la caution et le créancier.

1° Le cautionnement ne doit pas être étendu au delà des limites dans lesquelles il a été contracté [1]. Art. 2015.

[11] Cpr. Duranton, XVIII, 330.

[11 *bis*. Cass., 7 août 1882, Sir., 82, 1, 457.]

[12] Ponsot, n° 386. Voy. en sens contraire : Taulier, VII, p. 51 ; Troplong, n° 592 ; Pont, II, 445 ; Zachariæ, § 429, texte et note 3. [Cass., 3 février 1897, Sir., 97, 1, 137.] — Cpr. sur la caution à fournir par l'usufruitier et par le surenchérisseur sur aliénation volontaire : § 229, texte n° 2 et note 16 ; § 294, texte n° 2 et note 87. [Sur la caution à fournir par l'usufruitier de l'immeuble exproprié, voy. en particulier Cass., 16 juin 1903, Sir., 04, 1, 198.]

[1] On dit ordinairement que le cautionnement ne doit pas être étendu *de re ad rem, de persona ad personam, de tempore ad tempus*. La première partie de cette règle est d'une exactitude absolue. [Voy. cep. Req. 27 nov. 1872, Sir., 72, 1, 407.] La seconde partie ne semble pouvoir s'appliquer qu'au cas de novation opérée par substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien ; et ce n'est que par une fausse application de l'adage *De persona ad personam non extenditur fidejussio*, qu'on a voulu soutenir que la caution fournie par l'usufruitier est déchargée pour l'avenir, par la cession du droit d'usufruit. Cpr. § 320, texte n° 4, et note 60. Pont, II, 100. Quant à la troisième partie de la règle précitée, elle doit être restreinte à l'hypothèse où le cautionnement a été expressément ou tacitement limité à un certain temps. Cpr. art. 2039 ; § 429, texte et note 11. [Voy. comme application : Cass., 9 mai 1877, Sir., 78, 1, 110.]

Par application de ce principe, l'art. 1740 dispose que le cautionnement donné pour sûreté des obligations d'un bail, ne s'étend pas à celles qui résulteront de la continuation du bail par tacite reconduction.

Il résulte du même principe que, si la caution a indiqué la somme jusqu'à concurrence de laquelle elle entendait s'engager, son engagement ne s'étend qu'à cette somme ; et spécialement, que si elle a simplement cautionné le remboursement d'un capital, sans prendre d'engagement pour les intérêts, elle ne répond pas [en principe[1] *bis*] de ces derniers [2].

Mais, lorsque les termes du cautionnement sont généraux et indéfinis, la caution est engagée à toutes les obligations, tant principales qu'accessoires, qui dérivent de la convention à laquelle elle a accédé [3]. Elle est même tenue des frais faits contre le débiteur principal, cependant avec cette distinction, que les frais du premier acte de poursuite peuvent, en tout cas, être répétés contre elle, tandis qu'elle ne peut être recherchée pour ceux des actes postérieurs, qu'autant que le créancier lui a fait dénoncer, avant toutes nouvelles poursuites, le premier acte dirigé contre le débiteur [[3] *bis*]. Art. 2016.

Ainsi encore, celui qui se rend, en termes généraux

[[1] *bis*. Par conséquent, sauf interprétation contraire du juge du fait, Cass., 23 janvier 1906, Sir., 08, 1, 317.]

[2] Pothier, n° 405. Merlin, *Rép.*, v° Caution, § 1, n° 3. Duranton, XVIII, 320. Troplong, n° 149. Ponsot, n° 110. Pont. II, 104. Bordeaux, 21 décembre 1833, Sir., 34, 2, 271. Req. rej., 12 janvier 1842, Sir., 42, 1, 138. — Cpr. sur d'autres applications du principe posé au texte : Pont, II, 105 ; Paris, 25 juin 1867, Sir., 68, 2, 222 ; Req. rej., 13 novembre 1867, Sir., 68, 1, 202. [Voy. d'ailleurs, pour un engagement différent de celui prévu au texte, Poitiers, 6 mai 1891, Sir., 92, 2, 111 (cautionnement d'une somme déterminée sur un compte courant comprenant, à chaque trimestre, les intérêts capitalisés).]

[3] Duranton, XVIII, 320 et 321. Ponsot, n°s 117 et suiv. Troplong, n° 158. Pont, II, 107, Zachariæ, § 323 *a*, texte et note 8. Orléans, 18 mai 1855, Sir., 55, 2, 414. Nîmes, 18 mars 1862, Sir., 63, 2, 5. [Cass., 22 juillet 1891, Sir., 93, 1, 310.] — Celui qui a cautionné l'exécution d'une convention, répond-il des frais d'enregistrement de l'acte qui la constate? Cpr. Merlin, *op. et loc. citt.* ; Civ. cass., 6 octobre 1806, Sir., 6, 1, 428.

[[3] *bis*. Pau, 9 février 1905, Sir. 05, 2, 76.]

[3 *ter*], caution d'un fermier ou d'un locataire, répond non seulement des loyers, mais aussi des indemnités dues par ce dernier[4], et même de l'incendie des bâtiments loués[5]. [Il y a plus : le cautionnement d'un compte courant s'étend, en principe, à toutes les opérations de ce compte, qui est, de sa nature, indivisible[5] *bis*. Toutefois, le juge du fait reste souverain pour décider, en interprétant les termes du cautionnement, dans quelle mesure la caution a eu l'intention de s'engager (cpr. art. 1156[5] *ter*), quel est le sens de la condition à l'événement de laquelle elle a subordonné son engagement[5] *quater* et, plus généralement, quelle catégorie de dettes elle a entendu cautionner[5] *quinquies*.]

2° Lorsque le débiteur principal ne remplit pas ses obligations à l'époque où il doit le faire, le créancier peut, sans l'avoir au préalable constitué en demeure[6],

[3 *ter*. Voy. pour l'hypothèse contraire, Cass., 3 juillet 1872, Sir., 72, 1, 294.]

4 Pothier, *Des obligations*, n° 404. Duranton, Ponsot, Troplong et Pont, *locc. citt.*

5 Chambéry, 10 avril 1867, Sir., 67, 2, 212. Voy. en sens contraire : Buchère, *Revue pratique*, 1860, IX, p. 225 et suiv. Cpr. aussi : Rouen, 12 décembre 1854, Dalloz, 1855, 2, 138.

[5 *bis*, Amiens, 12 déc. 1876, Sir., 77, 2, 51. Cpr. l'addition à la note 2 *bis supra*.]

[5 *ter*. Req. 16 février 1892, Sir., 93, 1, 409. Le juge n'est pas lié par les termes de l'art. 1156, qui vise la *commune* intention des parties : il a pu sans violer ce texte, ne s'attacher qu'à celle de la caution. La formule de l'arrêt ne va pas expressément jusque là : mais le pourvoi rejeté reprochait aux juges du fond de l'avoir fait.]

[5 *quater*. Req. 16 juillet 1906, Sir., 07, 1, 214.]

[5 *quinquies*. Civ. rej., 2 déc. 1903, Sir., 08, 1, 138. Req. 15 nov. 1904, Sir., 05, 1, 119.]

6 Delvincourt (sur l'art. 2021), Duranton (XVIII, 331) et Zachariæ (§ 425, note 35) exigent la mise en demeure préalable du débiteur, en se fondant sur les termes de l'art. 2021, *la caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur* ; d'où ils concluent que le créancier ne peut agir contre la caution qu'en rapportant la preuve du retard mis par le débiteur à l'accomplissement de ses obligations. Mais ces termes, qui n'ont évidemment pour but que d'expliquer le bénéfice de discussion, et qui ne doivent pas être isolés de la suite de l'art. 2021, ne nous paraissent pas autoriser une pareille conclusion. D'ailleurs, les auteurs que nous combattons, nous semblent manquer de conséquence,

diriger des poursuites contre la caution dans les limites de l'engagement qu'elle a contracté.

La caution ainsi recherchée est, en général, sauf dans les hypothèses prévues par les art. 2042 et 2043, admise à opposer au créancier l'exception de discussion, c'est-à-dire à exiger qu'il fasse au préalable procéder à la saisie et à la vente des biens du débiteur principal. Art. 2021 et 2022. [A plus forte raison, la caution qui n'est tenue envers le créancier qu'au cas où le débiteur ne satisferait pas lui-même à l'obligation, conserve le droit de recevoir du débiteur le payement de ce qu'il lui doit à elle-même, et pareillement, le droit de le poursuivre de ce chef, sans que le créancier envers lequel elle s'est engagée comme caution puisse exiger d'elle le rapport, total ou au marc le franc, des sommes qui lui ont été ainsi payées.[6 *bis*.]

La caution ne peut toutefois user de ce bénéfice, que sous les conditions suivantes :

a. Elle doit proposer son exception sur les premières poursuites dont elle est l'objet[7]. Art. 2022. La contestation qu'elle élèverait sur l'existence ou la validité du cautionnement, ne la rendrait cependant pas non rece-

en admettant que, dans les cas où la mise en demeure du débiteur a lieu de plein droit, le créancier peut poursuivre la caution sans sommation préalable faite au débiteur : il est évident que, même en pareille circonstance, le créancier ne justifie, en aucune manière, de l'inexécution de l'obligation principale. Ponsot, n° 33. Troplong, n° 231. Pont, II, 11 et 54.

[6 *bis*. Civ. rej., 26 déc. 1871, Sir., 72, 1, 49, et la note de M. Labbé, qui écarte l'objection tirée de l'art. 1252.]

7 La phrase finale de l'art. 2022 : *sur les premières poursuites dirigées contre elle*, a été ajoutée sur la demande du Tribunat, qui avait fait remarquer que le silence gardé par la caution sur les poursuites du créancier, devait la faire regarder comme ayant renoncé au bénéfice de discussion. D'après l'esprit de la loi, il appartient donc au juge d'examiner, selon les circonstances, si la caution qui n'a pas, dès le premier moment, invoqué le bénéfice de discussion, doit être considérée comme y ayant renoncé. *Observations au Tribunat*, sur l'art. 2022 (Locr., *Lég.*, XV, p. 313, n° 5), Merlin, *Rép.*, v° Caution, § 4, n° 1. Duranton, XVIII, 334. Pont, 167 à 169. Zachariæ, § 425, note 4. Cpr. Req. rej., 27 janvier 1835, Sir., 35, 1, 774.

vable à opposer l'exception de discussion à l'exécution du jugement qui aurait rejeté sa défense[8]. La caution qui n'a pas, dans le principe, proposé cette exception, à raison de la circonstance que le débiteur ne possédait pas de biens susceptibles d'être indiqués au créancier, est également admise à s'en prévaloir ultérieurement, s'il survient des biens au débiteur[9].

b. La caution doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal, à la discussion desquels elle entend le renvoyer. Elle ne peut comprendre dans cette indication, ni des biens situés hors du ressort de la Cour d'appel du lieu où le paiement doit être fait, ni des biens dont la propriété est contestée[10], ni les immeubles hypothéqués à la dette qui ne se trouveraient plus dans la possession du débiteur. Mais la caution est admise à indiquer des biens meubles comme des immeubles[11]; et il n'y a pas lieu d'examiner si les biens qu'elle a désignés, sont suffisants pour le paiement intégral de la dette[12]. Art. 2023. [La caution ne pourrait, d'ailleurs, indépendamment des hypothèses susvisées, opposer le bénéfice de discussion, s'il était constaté par les juges du fait, que le créancier, porteur de plusieurs jugements de

[8] Merlin, *op. et loc. citt.* Duranton, XVIII, 335. Pont, II, 170. — Il en serait autrement, si la caution avait engagé un débat sur l'obligation principale, Cpr. Pothier, n° 411.

[9] Pothier, n° 411. Merlin, *op. et loc. citt.* Pont, II, 171. Voy. en sens contraire : Duranton, XVIII, 337. L'opinion émise au texte se justifie par l'esprit de la loi : on ne peut être censé avoir renoncé à un bénéfice, qu'autant qu'on a négligé d'en user dans des circonstances où il aurait été possible de l'invoquer utilement. Cpr. note 7 *supra*.

[10] On ne devrait pas facilement écouter le créancier qui refuserait de discuter les biens indiqués par la caution, sous le prétexte que la propriété en est sujette à contestation. Mais, quoique les termes *biens litigieux*, doivent être pris ici dans une acception plus étroite que lorsqu'il s'agit d'apprécier la solvabilité d'une caution (cpr. § 425, note 7), il ne semble cependant pas que le concours des circonstances indiquées par l'art. 1700 soit nécessaire pour qu'on puisse considérer des biens comme litigieux dans le sens de l'art. 2023.

[11] Duranton, XVIII, 338. Pont, II, 178. Voy. cep. Zachariæ, § 425, note 5.

[12] Duranton, *loc. cit.* Voy. cep. Zachariæ, § 425, note 6.

condamnation rendus contre le débiteur principal, n'a pu les faire exécuter, et qu'un procès-verbal de carence a été dressé à la suite d'une tentative de saisie pratiquée par ce créancier au domicile du débiteur insolvable [12] *bis.*]

c. La caution doit faire l'avance des frais nécessaires pour la discussion à laquelle elle veut renvoyer le créancier. Art. 2023, al. 1er.

Lorsque la caution a satisfait à ces conditions, le créancier devient, à défaut de poursuites faites en temps opportun, responsable envers elle, jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'elle a indiqués, de l'insolvabilité où le débiteur principal peut tomber, sans que, pour se soustraire à cette responsabilité en ce qui concerne les biens qui ne lui sont pas hypothéqués, il soit admis à invoquer la disposition de l'art. 2209 [13]. Art. 2024.

Par exception à la règle générale, la caution est privée du bénéfice de discussion, lorsqu'elle y a renoncé, soit dans l'acte de cautionnement, soit par un acte postérieur, ou lorsqu'elle s'est engagée solidairement avec le débiteur principal. Art. 2021. Voy. aussi art. 2042 et 2043.

La caution est autorisée à opposer au créancier, non-seulement les exceptions qui lui appartiennent personnellement, mais encore toutes les exceptions qui compètent au débiteur, hormis celles qui sont fondées sur l'incapacité personnelle de ce dernier. Ainsi, la caution peut opposer au créancier, non seulement les nullités tenant à la cause ou à l'objet de l'obligation principale [14], mais encore celles dont cette obligation se trouve entachée, à raison des vices du consentement du débiteur [15]. Elle peut également se prévaloir de la compen-

[12 *bis.* Cass., 21 déc. 1897, Sir., 1901, 1, 349.]

[13] Pont, II, 185. Zachariæ, § 425, note 9. Req. rej., 8 avril 1835, Sir., 35, 1, 717.

[14] Req. rej., 15 juin 1837, Sir., 38, 1, 477.

[15] Pothier, n° 381. Duranton, XVIII, 379. Troplong, n° 495. Voy. en sens contraire : Pont, II, 387 à 389 et 425. Les termes *exceptions purement personnelles*, dont se sert l'art. 2036, se trouvent également dans l'art. 1208. Mais ces termes n'ont pas une signification invariable ou absolue : il

sation qui s'est opérée du chef de ce dernier, ainsi que de la prescription [15 *bis*] accomplie à son profit [15 *ter*]. Il n'y a pas, sous ces divers rapports, de distinction à faire entre la caution simple et la caution solidaire [16]. Art. 2036 et 1294, al. 1er.

La caution peut proposer, en son nom personnel, et non pas seulement du chef du débiteur, les exceptions qu'elle est admise à faire valoir [17]. Il en résulte, que la

faut, pour déterminer la portée des dispositions dans lesquelles le législateur les a employés, se guider d'après les principes de la matière à laquelle se rapporte chacune de ces dispositions. C'est ainsi que l'on doit dire, d'après la nature du cautionnement, et par argument de l'art. 2012 al. 1er, que la caution, même solidaire, est autorisée à opposer au créancier les exceptions que le débiteur principal lui-même pourrait tirer des vices de son consentement, et que l'on doit décider, au contraire, d'après la nature des obligations solidaires, que les exceptions fondées sur un vice du consentement de l'un des débiteurs solidaires, sont purement personnelles à ce débiteur, et ne peuvent être opposées par les autres. Cpr. § 298 *ter*, texte nº 2.

[15 *bis*. Cela doit s'entendre non seulement de la prescription extinctive de droit commun, art. 2262, mais encore des petites prescriptions de caractère civil et pareillement de la prescription quinquennale en matière de change (Code de commerce, art. 189), bien que cette dernière s'explique en législation, comme les secondes, par une présomption de payement. Voy. sur cette solution en matière de change. Req., 2 août 1904, Sir., 05, 1, 185, et la note de M. Maurice Bernard, où notre regretté collègue démontre par plusieurs rapprochements que l'application de l'art. 2036 à la prescription extinctive est indépendante du fondement législatif de cette prescription. La solution changerait-elle si la caution s'était obligée à la garantie du billet à ordre ou de la lettre de change autrement que par un aval? Tout dépend du caractère de l'acte par lequel le donneur d'aval aurait surérogatoirement garanti le payement de l'effet. Cpr. Civ. cass., 18 mars 1895, Sir., 96, 1, 28 et la note.]

[15 *ter*. Cpr. Req. rej., 25 nov. 1903, Sir. 06, 1, 345, en matière de contributions indirectes, et la note critique anonyme.]

16 L'art. 2036, qui a pour objet spécial d'indiquer les exceptions que la caution peut faire valoir relativement à l'obligation principale, ne fait aucune distinction entre la caution simple et la caution solidaire. Cpr. § 423, texte, et notes 7 à 9.

17 *Omnes exceptiones, quæ reo competunt, fidejussori quoque, etiam invito reo, competunt.* L. 19, *de except. et præscrip.* (44, 1). Les causes de nullité et d'extinction relatives à l'obligation principale réagissent sur l'obligation de la caution, et sont, en même temps, des causes de nullité ou d'extinction du cautionnement, Art. 2012, al. 1, et 2036. Cpr. Req. rej., 22 novembre 1825, Sir, 26, 1, 146. Cet arrêt, dans l'espèce duque

renonciation volontaire faite par le débiteur, soit à la prescription acquise en sa faveur ou à toute autre cause de libération, soit à quelque moyen de nullité ou de rescision, n'empêche pas la caution de faire valoir ces causes et moyens [18]. Il en résulte encore, que la caution peut intervenir dans les instances liées entre le créancier et le débiteur sur l'existence ou la validité de l'obligation principale, et même former tierce opposition aux jugements passés en force de chose jugée, qui sont intervenues dans de pareilles instances [19].

Quand plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur, pour une même dette, elles sont obligées, chacune, pour la totalité de la dette [20]. Art. 2025. Toutefois, si l'une d'elles est poursuivie seule, elle peut demander que le créancier divise son action, par portions viriles, entre toutes, à moins qu'elle n'ait renoncé à cette exception, ou qu'elle ne se soit obligée solidairement, soit avec le débiteur, soit avec ses cofidéjusseurs [21]. Art. 2026. Cette exception, appelée bénéfice de division, peut, à la différence du bénéfice de discussion, être proposée en tout état de cause [22].

Lorsqu'au moment où l'une des cautions a fait pro-

il ne s'agissait que d'une question de preuve, et non d'une question de validité de l'obligation principale, n'a rien de contraire à la proposition émise au texte.

[18] Merlin, *Rép.*, v° Caution, § 4, n° 3. Cpr. specialement, en ce qui concerne la prescription, les autorités citées à la note 4 du § 775. Voy. en sens contraire sur le principe général posé au texte : Civ. rej., 12 février 1840, Sir, 40, 1, 529. Cpr. aussi : Req. rej., 10 juillet 1849, Sir., 49, 1, 577.

[19] Cpr § 769, texte n° 2, lett. *a*.

[20] Quoique les différentes cautions soient, dans ce cas, obligées, chacune, à la totalité de la dette, elles ne doivent point, par cela seul, être considérées comme solidairement engagées envers le créancier. Ainsi, à moins d'une stipulation de solidarité, la prescription interrompue à l'égard de l'une des cautions ne le sera point à l'égard des autres. Delvincourt, III, p. 258. Taulier, VII, p. 26 et 27. Pont, II, 192. Zachariæ, § 425, texte et note 14. Voy. en sens contraire : Troplong, n° 291.

[21] Arg. art. 2025 cbn. 1203. Duranton, XVIII, 343. Pont, II, 205. [Cass., 16 mars 1898, Sir., 02, 1, 331.]

[22] Arg. *a contrario* art. 2022. Duranton, XVIII, 348. Favard, *Rép.*, v° Cautionnement, sect. I, § 2. Pont, II, 198. Zachariæ, § 425, note 15, *in fine*. Voy. cep. Delvincourt, sur l'art. 2025.

noncer la division, une ou plusieurs autres étaient déjà insolvables, cette caution est tenue proportionnellement de leur insolvabilité ; mais elle ne répond pas des insolvabilités survenues seulement depuis la division. Art. 2026, al. 2.

Au surplus, si le créancier a volontairement divisé son action entre les différentes cautions, soit en acceptant sans réserves, de l'une d'elles, le paiement de sa part, soit en dirigeant contre elle une action pour cette part seulement [23], il ne peut revenir contre cette division, quoiqu'il y eût, même antérieurement au temps où il l'a faite, des cautions insolvables. Art. 2027. [Il en serait autrement, si le cautionnement était solidaire [23 *bis*.]

Les obligations naissant du cautionnement passent,

[23] Il n'est pas nécessaire, pour que le créancier doive être considéré comme ayant divisé son action, que celle des cautions contre laquelle il a formé une demande pour sa part seulement, ait acquiescé à cette demande, ou qu'il soit intervenu contre elle un jugement de condamnation ; le seul fait d'avoir introduit une action ainsi divisée suffit. La disposition de l'art. 1211, al. 3, n'est point applicable en matière de cautionnement, à moins que les cautions ne soient obligées solidairement. Cette différence s'explique par les raisons suivantes : Les codébiteurs solidaires étant privés du bénéfice de division, le créancier qui divise son action renonce au droit de les poursuivre pour le total ; et cette renonciation ne devient complètement efficace que par l'acceptation de ceux qui doivent en profiter. Les cofidéjusseurs, au contraire, jouissant du bénéfice de division, à moins qu'ils ne se soient obligés solidairement, le créancier qui divise son action, ne fait que reconnaître un droit à eux appartenant : et cette reconnaissance est efficace par elle-même, indépendamment de toute acceptation. Duranton, XVIII, 347. Pont, II, 219. [Voy. dans le sens de notre opinion, pour le cas de cautionnement solidaire, Cass., 16 mars 1898, Sir., 02, 1, 331.]

[[23] *bis*. La rédaction de l'art. 2021 a pour conséquence de limiter l'application des textes suivants, art. 2022 à 2027, à l'hypothèse d'un cautionnement simple : Req., 7 juin 1882, Sir., 82, 1, 321. La renonciation du créancier à la solidarité se trouve dès lors régie par l'art. 1215, et l'insolvabilité de l'une des cautions solidaires, survenue après le payement par une autre de sa part et portion dans la dette, retombe sur toutes les cautions solidaires, y compris cette dernière, le créancier ne pouvant jamais, à raison de la solidarité stipulée, en souffrir lui-même. Cpr. sur l'interprétation de l'art. 1215, § 298 *ter*[5], texte et note 43. Nous professions sur ce point une opinion différente dans les éditions antérieures, notamment au passage correspondant de la quatrième.]]

comme les obligations en général, aux héritiers de la caution. Art. 2017 [24].

§ 427.

Des effets du cautionnement entre la caution et le débiteur principal.

La caution qui paie la dette qu'elle a garantie, est de plein droit subrogée aux droits et actions du créancier, soit contre le débiteur ou les débiteurs principaux, soit contre les tiers détenteurs d'immeubles affectés à la dette[1]. Art. 2029 cbn. 1251, nº 3. Il importe peu, à cet égard, que la caution se soit engagée par ordre du débiteur principal, qu'elle l'ait fait à son insu, ou même contre sa volonté [2]. La caution peut, en vertu de cette subrogation, répéter soit du débiteur principal, soit des tiers à l'égard desquels elle est subrogée, tout ce qu'elle a payé en capital, intérêts, dommages-intérêts, et frais faits contre ce débiteur. Mais elle ne peut, sur le seul fondement de la subrogation, réclamer les intérêts des différentes sommes qu'elle a déboursées [3].

Celui qui a cautionné plusieurs débiteurs solidaires est autorisé à répéter contre chacun d'eux, la totalité de ce qu'il a payé. Art. 2030.

Celui, au contraire, qui n'a cautionné que l'un des débiteurs solidaires, est bien subrogé, pour le tout, contre ce dernier ; mais il ne peut agir contre les autres, que dans

[24] La disposition finale de cet article est devenue sans objet par suite de la suppression de la contrainte par corps en matière civile et commerciale. Loi du 22 juillet 1867, art. 1.

[1] Cpr. § 321, texte nº 4, lett. *e*, notes 84 et 85. — La caution peut-elle également exercer un recours contre le tiers qui, sans s'obliger personnellement, a constitué une hypothèque pour sûreté de la dette principale? Voy. § 321, texte nº 4, lett. *f*, notes 86 et 87.

[2] Les art. 1251, nº 3, et 2029, ne distinguent pas. Duranton, XVIII, 317. Troplong, nº 362. Mourlon, *De la subrogation*, p. 407. Cpr. Pont, II, 267.

[3] Pont, II, 274. C'est à tort que cet auteur cite en sens contraire Zachariæ, qui, dans le passage auquel il est fait allusion, ne s'occupe que du recours exercé en vertu de l'art. 2028.

la mesure du recours qui compéterait au codébiteur qu'il a cautionné [4].

Il en résulte, d'une part, qu'il est obligé de diviser son recours, comme ce codébiteur eût été lui-même tenu de le faire [5] ; d'autre part, qu'il reste soumis à toutes les exceptions de nature à pouvoir être opposées à ce dernier [6] ; et enfin, qu'il ne jouit d'aucune action contre celui

[4] Arg. *a contrario* art. 2030. *Non obstat* art. 1251, n° 3. Le cautionnement fourni par l'un des codébiteurs solidaires seulement, ne crée de relation juridique qu'entre le fidéjusseur et celui des codébiteurs qu'il a cautionné. Si, de fait, la dette par lui garantie est aussi la dette des autres codébiteurs, il n'existe cependant aucun rapport de droit entre ces derniers et lui, et l'on ne peut pas dire qu'il soit tenu avec eux ou pour eux dans le sens du n° 3 de l'art. 1251. Cette disposition et la subrogation légale aux droits du créancier qu'elle établit étant ainsi écartées, on est bien forcé de reconnaître que le fidéjusseur d'un seul des codébiteurs solidaires ne peut, *ipso jure*, en vertu du paiement par lui fait, avoir de recours à exercer contre les autres codébiteurs, que du chef de celui qu'il a cautionné. C'est évidemment à ce point de vue que s'est placé le législateur en rédigeant l'art. 2030, qui n'aurait aucun sens, si on ne devait l'entendre d'une manière restrictive. En vain objecte-t-on qu'il serait injuste que la caution supportât la perte résultant de l'insolvabilité de l'un des autres codébiteurs ou de celui-là même qu'elle a cautionné, alors surtout qu'elle n'eût pas subi cette perte, si le créancier, au lieu de la poursuivre, avait dirigé ses poursuites contre l'un des débiteurs solvables. C'est précisément le résultat contraire qui serait tout à la fois inique et inadmissible en droit. Pourquoi la caution qui n'a cautionné que l'un des codébiteurs solidaires, serait-elle vis-à-vis des autres affranchie de toute chance de perte? Celui des codébiteurs solidaires que la caution rechercherait pour le total de la dette, ne serait-il pas, à son tour, subrogé contre les autres codébiteurs et contre leurs cautions, jusqu'à concurrence, du moins, de la part contributoire de chacun d'eux, soit dans la dette elle-même, soit dans la perte résultant des insolvabilités? Ne voit-on pas dès lors qu'un recours solidaire n'a pu être admis exceptionnellement en faveur de la caution, qu'autant qu'ayant cautionné tous les codébiteurs solidaires, elle a contre chacun d'eux une action personnelle pour le total de la dette? Voy. les autorités citées aux deux notes suivantes.

[5] Duranton, XVIII, 355. Ponsot, n° 261. Troplong, n° 379. Taulier, VII, p. 34. Mourlon, *Des subrogations*, n°s 108 et suiv. Pont, II, 278. Voy. en sens contraire : Marcadé, IV, 717, et suiv. : Gauthier, *De la subrogation*, n°s 433 et suiv. ; Larombière, *Des obligations*, III, p. 349, n° 50.

[6] Duranton, Ponsot, Troplong, Taulier, Mourlon, *locc. citt.* Massé, Sir., 61, 1, 577, à la note. Req. rej., 19 avril 1854, Sir., 55, 1, 17. Grenoble, 30 juillet 1859, Sir., 60, 2, 190. [Amiens, 29 nov. 1894, Sir., 95, 2, 276,

des codébiteurs qui, n'ayant pas d'intérêt personnel à la dette, et qui, ne s'étant obligé que dans l'intérêt de ses codébiteurs, eût été affranchi de tout recours de leur part, s'ils avaient eux-mêmes désintéressé le créancier. Art. 1216.

Du reste, rien ne s'oppose à ce que le fidéjusseur, qui, n'ayant cautionné qu'un seul des codébiteurs solidaires, ne jouit pas contre les autres de la subrogation légale aux droits du créancier, ne s'y fasse conventionnellement subroger. Cette subrogation conventionnelle produira tous les effets qui y sont attachés de Droit commun [7].

La caution qui s'est engagée à la prière du débiteur principal, ou même à son insu, mais non contre sa volonté, jouit, après avoir acquitté la dette, et ce, indépendamment du recours fondé sur la subrogation légale, d'une action de mandat ou de gestion d'affaires contre ce débiteur [8]. En vertu de cette action, elle peut, non

cassé par l'arrêt de la chambre civile du 6 juillet 1896, cité ci-dessous.] Voy. en sens contraire : Pont, *loc. cit.* ; Req. rej., 10 juin 1861, Sir., 61, 1, 577. Par ce dernier arrêt, la chambre des requêtes, tout en admettant la première des conséquences indiquées au texte, rejette la seconde. Il y a, dans cette double décision, une inconséquence palpable. Si le fidéjusseur qui n'a cautionné qu'un seul des codébiteurs solidaires ne peut, après avoir payé, agir *in solidum* contre les autres, c'est parce qu'il n'est pas, par suite du paiement qu'il a fait, légalement subrogé aux droits du créancier ; et si, en l'absence de toute subrogation aux actions de ce dernier, il ne peut avoir de recours à exercer que du chef du codébiteur qu'il a cautionné, il doit nécessairement être soumis aux mêmes exceptions que ce codébiteur. [Voy. encore, en sens contraire de la règle posée au texte, Civ. cass., 6 juillet 1896, Sir., 97, 1, 5, note critique de M. Lyon-Caen.]

[7] Il est vrai que la subrogation conventionnelle, surabondamment accordée dans des cas où la loi admet la subrogation légale, ne saurait produire des effets plus étendus que celle-ci. Mais on ne comprendrait pas qu'en l'absence de subrogation légale, la subrogation conventionnelle ne pût pas être consentie, d'une manière aussi efficace, au profit d'une caution, qu'au profit d'un étranger. Duranton, XVIII, 355. Taulier, VII, p. 34. Gauthier, *op. cit.*, p. 477. Voy. en sens contraire : Ponsot, n° 261 ; Troplong, n° 379 ; Rodière, *De la solidarité*, n°s 133 et 158 ; Pont, II, 279. [Cpr. la note de M. Lyon-Caen sous Civ. cass., 6 juillet 1896, Sir., 97, 1, 5.]

[8] En général, l'action contraire *negotiorum gestorum* est moins étendue que celle qui naît du mandat ; mais, en matière de cautionnement, la loi attribue les mêmes effets à ces deux actions. Art. 2028, al. 1. Pont, II, 227.

seulement répéter les sommes qu'elle a payées [8 *bis*] au créancier en l'acquit de ce dernier, c'est-à-dire celles qu'elle serait en droit de demander en vertu de la subrogation légale [9], et notamment les frais faits contre le débiteur [10], mais encore réclamer les intérêts, à partir du jour du paiement [11], des sommes qu'elle a déboursées, soit en principal, soit en intérêts [12], les frais faits par elle ou contre elle depuis la dénonciation au débiteur des poursuites dirigées à son encontre, enfin les dom-

[8 *bis*. S'agit-il ici, comme en matière de subrogation légale (voy. § 321, texte et note 67), d'un payement effectif, ou suffit-il que la caution ait libéré le débiteur principal par un mode quelconque d'extinction des obligations? Voy. en ce dernier sens Req. 28 juin 1876, Sir., 76, 1, 448.]

[9] L'action de mandat ou de gestion d'affaires, qui dure trente ans à dater du jour du paiement fait par la caution, peut, même pour ces sommes, lui devenir utile, dans le cas où la créance principale se trouvant éteinte par prescription, elle ne serait plus recevable à faire valoir la subrogation qui s'est opérée à son profit. D'un autre côté, la caution qui n'a garanti qu'une partie de la dette peut, après s'être acquittée de son obligation, demander, en vertu de l'action de mandat ou de gestion d'affaires, à concourir sur le produit des biens du débiteur principal avec le créancier, sans que ce dernier soit admis à s'y opposer sur le fondement de l'art. 1252, qui ne s'applique qu'en matière de subrogation. Pont, II, 275. Rennes, 22 mai 1858, Sir., 59, 2, 293. Req. rej., 1er août 1860, Sir., 61, 1, 366.

[10] Cpr. art. 2016. La rédaction du second alinéa de l'art. 2028 est évidemment vicieuse. En prenant cet article à la lettre, il en résulterait que la caution n'aurait pas de recours pour les frais faits contre le débiteur, ce qui n'est pas admissible. Au lieu de dire : « Néanmoins la caution n'a de recours *que pour les frais par elle faits depuis*, etc., » il fallait dire : « Néanmoins la caution n'a de recours, *quant aux frais par elle faits, que pour ceux qui ont eu lieu depuis*, etc. » Duranton, XVIII, 350. Troplong, nº 350. Pont, II, 239 et 240. Zachariæ, § 426, note 6.

[11] Delvincourt, III, p. 261. Duranton, XVIII, 352. Ponsot, nº 240. Troplong, nº 345. Pont, II, 238. Zachariæ, § 426, texte et note 4. Civ. rej., 21 juin 1825, Sir., 26, 1, 301. Voy. aussi les arrêts cités à la note suivante.

[12] Duranton, XVIII, 352. Troplong, nº 346. Ponsot, nº 240. Pont, II, 237. Zachariæ, § 426, note 3. Civ. rej., 21 juin 1825, Sir., 26, 1, 301. Toulouse, 4 février 1829, Sir., 29, 2, 196. Caen, 7 août 1849, Sir., 49, 2, 528. Caen, 4 juillet 1842, Sir., 43, 2, 247. Voy. en sens contraire : Larombière, *Des obligations*, I, p. 349 et suiv., nº 37. L'opinion de cet auteur se rattache à celle qu'il professe en matière de gestion d'affaires. La réfutation en sera donnée au § 441.

mages-intérêts qui peuvent lui être dus selon les circonstances [13]. Art. 2028.

Au contraire, la caution qui s'est obligée malgré la défense du débiteur, n'ayant contre ce dernier aucune action de mandat ou de gestion d'affaires, ne peut réclamer, ni les frais faits par elle ou contre elle, ni les intérêts des sommes qu'elle a payées, ni, à plus forte raison, des dommages-intérêts [14]. Il semble même qu'elle ne serait pas admise à répéter, de son propre chef, par l'action *de in rem verso*, le principal et les intérêts qu'elle aurait payés à la décharge du débiteur [15].

La caution, engagée au su du débiteur principal, jouit des recours dont il vient d'être parlé, alors même que, sur les poursuites du créancier, elle a payé une seconde fois la dette antérieurement acquittée par le principal obligé, si ce dernier ne l'a pas averti du paiement par lui fait [16].

Mais, par exception aux règles ci-dessus posées, la caution est privée de tout recours contre le débiteur, soit du chef du créancier, soit de son propre chef :

1° Lorsque, ayant négligé d'avertir le débiteur principal du paiement qu'elle a fait, ce dernier a payé une seconde fois. Art. 2031, al. 1.

2° Lorsqu'elle a payé sans avoir été poursuivie et sans avoir averti le débiteur principal, et que celui-ci avait, au moment du paiement, des moyens pour faire

[13] Ainsi, par exemple, si les biens de la caution ont été vendus sur la poursuite du créancier, elle a droit à des dommages-intérêts, indépendamment de l'intérêt légal des sommes qu'elle aura payées, ou que la vente de ses biens aura produites. Cpr. art. 1153, al. 1. Duranton, XVIII, 351. Pont, II, 241 et 242. Zachariæ, § 426, note 5.

[14] Duranton, XVIII, 317. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1375, n° 4 ; Pont, II, 245.

[15] On ne peut expliquer un cautionnement donné contre la volonté du débiteur, que par l'intention, de la part de la caution, de se contenter de la subrogation légale, dont elle jouit même dans cette hypothèse (cpr. texte et note 2 *supra*), en renonçant à tout recours à exercer de son propre chef. Cpr. § 441, texte n° 2. Toullier, XI, 55 et 62. Voy. cep. Troplong, n°s 329 et 330 ; Ponsot, n° 251.

[16] L. 29, § 2, D. *mand.* (17, 1). Pothier, n° 438. Zachariæ, § 426, note 8. Lyon, 14 mai 1857, Sir., 58, 2, 16. Voy. cep. Pont, II, 255.

rejeter l'action du créancier. Si la caution n'avait payé que sur les poursuites de ce dernier, le défaut d'avertissement ne la priverait pas de son recours contre le débiteur [17]. Art. 2031, al. 2.

Dans les deux hypothèses indiquées par l'art. 2031, la caution n'a qu'une action en répétition contre le créancier. Encore, cette action n'est-elle pas toujours ouverte à son profit dans la seconde de ces hypothèses [18].

La caution, même solidaire [19], qui s'est obligée, fût-ce à l'insu du débiteur principal [20], mais sans opposition de sa part, peut, même avant d'avoir payé, agir contre ce dernier pour obtenir sa décharge, ou des sûretés destinées à garantir l'efficacité de son recours ultérieur [21] : 1° si elle est poursuivie par le créancier [21 *bis*] ; 2° si le débiteur est tombé en faillite [21 *ter*] ou en déconfiture; 3° s'il s'est obligé envers la caution à lui rapporter, dans un certain temps, la décharge du cautionnement, et que ce temps soit expiré ; 4° si la dette est devenue

[17] Troplong, n°s 383 à 386. Ponsot, n° 240. Lyon, 14 mai 1857, Sir , 58, 2, 16. Voy. en sens contraire : Delvincourt, II, p 265 ; Duranton, XVIII, 357 ; Zachariæ, § 426, texte et note 9. Cpr. aussi : Taulier, VII, p. 35 ; Pont, II, 258. L'opinion de ces auteurs est inconciliable avec le texte du second alinéa de l'art. 2031 ; et ce texte est d'autant plus décisif, qu'il n'a fait que reproduire la doctrine de Domat. Lois civiles, liv. III, n° 7. Voy. aussi : Pothier, n° 438.

[18] La caution, par exemple, n'aura point de recours à exercer contre le créancier, si elle a payé volontairement, et en connaissance de cause, une dette prescrite.

[19] Ponsot, n° 276. Troplong, n°s 413 et 414. Rodière, *op. cit.*, n° 168. Pont, II, 304.

[20] Ponsot, n°s 275 et 276. Troplong, n°s 411 et 412. Voy. en sens contraire : Pont, II, 303.

[21] Tel nous paraît être le sens du terme *indemnité*, qui, dans l'art. 2032, est employé d'une manière impropre, puisqu'une indemnité proprement dite suppose un paiement déjà fait ou une perte déjà éprouvée. Cpr. Duranton, XVIII, 359 ; Troplong, n°s 391 et 392 ; Ponsot, n° 266 ; Zachariæ, § 426, texte et note 11 ; Bordeaux, 22 janvier 1832, Sir., 32, 2, 378 ; Grenoble, 3 août 1853, Sir., 54, 2, 449. Voy. cep. Pont, II, 299.

[21 *bis*. Cpr. Montpellier, 23 août 1870, sous Civ. cass., 19 nov. 1872, Sir., 73, 1, 193.]

[21 *ter*. Cpr. Civ. cass., 27 juin 1876, Sir., 77, 1, 241. La compensation de la dette de la caution envers le débiteur principal, et de sa créance, fondée sur l'art. 2032, est d'ailleurs impossible. Code de comm. art. 443.]

exigible par l'événement de la condition ou l'échéance du terme, quoique le créancier n'ait pas encore exercé de poursuites ; 5° enfin, après l'expiration de dix années, à compter du jour du cautionnement, lorsque l'obligation principale n'a aucun terme d'échéance ou de cessation[22]. Si cette obligation, sans être d'une durée absolument indéfinie, était de nature à ne pouvoir s'éteindre qu'après un certain laps de temps [23], la caution ne pourrait demander sa décharge avant l'expiration de ce temps, quelque incertaine qu'en fût d'ailleurs la durée. Art. 2032.

[L'art. 2032 s'applique à la femme commune en biens qui s'est engagée solidairement avec son mari. Art. 1431. D'où il suit qu'elle acquiert, à la date dudit engagement solidaire, un recours contre son mari garanti par son hypothèque légale à ladite date. Art. 2135. Pour le cas où elle subrogerait ultérieurement d'autres créanciers de son mari dans son hypothèque légale, et où ces créanciers publieraient ladite subrogation conformément à l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855, ils pourraient se prévaloir desdites subrogation et hypothèque même contre le créancier envers lequel elle s'est obligée solidairement, mais qui n'a pas publié son droit. Ils pourraient se prévaloir desdites subrogation et hypothèque dans la mesure de toutes les créances qu'elle peut avoir contre son mari, réserve faite cependant de la créance en recours qui est née à son profit de l'engagement solidaire susvisé auquel elle n'a pas encore satisfait[23] *bis*.]

[D'ailleurs, dans toutes les hypothèses susvisées, la caution qui n'a pas encore payé ne peut agir contre le débiteur que pour obtenir sa décharge où les sûretés qui

[22] C'est ce qui a lieu pour une rente constituée. Duranton, XVIII, 364. Ponsot, n° 271. Troplong, n° 405. Taulier, VII, p. 38 et suiv. Pont, II, 294.

[23] Cela a lieu, par exemple, pour une rente viagère. Duranton, Ponsot, Troplong, et Taulier, *locc. citt.* Pont. II, 295 et 296.

[[23] *bis*. Douai, 12 février 1891, Dalloz, 1893, 2, 481 et la note de M. Planiol. Cpr. Req. rej., 11 juillet 1894, Sir., 99, 1, 353 et la note de M. Blondel, Dalloz, 1896, 1, 113, et la note de M. Deloynes. Voy. en sens contraire, Agen, 20 mars 1889, Dalloz, 1890, 2, 143. Cpr. § 264 *ter*[5], texte et note 26 *ter*.]

en tiennent lieu. Elle n'a aucun droit à la subrogation. [23 *ter.*]

§ 428.

De l'effet du cautionnement entre les cofidéjusseurs.

Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur, pour une même dette, celle des cautions qui a acquitté la dette, est subrogée contre les autres [1 *bis*] aux droits du créancier, pourvu que le paiement ait eu lieu dans l'un des cas prévus par l'art. 2032[1]. La caution ne peut cependant, en vertu de cette subrogation, exercer de recours contre ses cofidéjusseurs, que pour la part virile de chacun d'eux dans la dette ; et ce, quand même elle se serait fait conventionnellement subroger aux droits du créancier [2]. Art. 1251, n° 3. cbn. 2033.

Du reste, la caution est privée de toute action contre ses cofidéjusseurs, lorsqu'elle a payé dans des circonstances où elle n'aurait pas de recours à exercer contre le débiteur lui-même.

[23 *ter.* Civ. cass., 19 nov. 1872, Sir., 73, 1, 193. Elle n'a, par conséquent, aucun droit, au moins de ce chef, et en cette qualité, à une collocation hypothécaire sur l'immeuble du débiteur aux lieu et place du créancier. Cpr. sur ce point la note de M. Labbé et § 429, note 11 *quinquies*. Voy. aussi § 429, note 24 *bis*.]

[1 *bis*. Voy. pour les conséquences de cette règle, quand figure au nombre de ces autres cautions la femme du débiteur principal. Dijon, 9 juillet 1875, sous Civ. cass., 8 juillet 1878, Sir., 78, 1, 459.]

[1] Selon MM. Duranton (XVIII, 366) et Ponsot (n° 202), les hypothèses indiquées aux n°s 1, 2 et 4 de l'art. 2032 seraient les seules dans lesquelles la caution aurait un recours contre ses cofidéjusseurs. Mais cette opinion, contraire au texte de l'art. 2033, est encore en opposition formelle avec l'explication qu'en a donnée Chabot dans son rapport au Tribunat (Locré, *Lég.*, XV, p. 347, n° 23). Il faut donc reconnaître que la caution a également un recours contre ses cofidéjusseurs, lorsqu'elle a payé dans l'un des cas prévus par les n°s 3 et 5 de l'art. 2032. Troplong, n° 425. Pont, II, 314.

[2] Arg. art. 875 et 1214. Cpr. § 298 *ter*, texte n° 4, et note 40 ; § 321, texte n° 4, et note 82. Pont, II, 314.

§ 429.

Des différentes manières dont le cautionnement s'éteint.

1° Le cautionnement s'éteint, comme tous les engagements accessoires, avec l'obligation principale.

C'est ainsi que le paiement intégral, fait par le débiteur principal, entraîne l'extinction du cautionnement. En cas de paiement partiel d'une dette partiellement cautionnée, l'imputation se fait sur la portion non cautionnée, et le cautionnement continue de subsister jusqu'à parfaite solution [1].

C'est ainsi encore que le cautionnement s'éteint par la novation opérée à l'égard du débiteur principal, et notamment par celle qu'entraîne la dation en paiement d'un immeuble, ou de quelque autre objet. Art. 1281, al. 2. Il ne renaîtrait même pas, bien que le créancier fût évincé de l'objet à lui livré [2]. Art. 2038.

Ces dispositions, qui supposent une dation en paiement volontairement acceptée par le créancier, et dont l'effet a été de libérer le débiteur principal, ne sont applicables, ni au cas où le créancier s'est rendu adjudicataire sur expropriation forcée de l'immeuble hypothéqué [3], ni à celui où il a simplement formé une demande en

[1] Il ne faut pas confondre cette hypothèse avec celle où il existe deux dettes, l'une cautionnée, l'autre, non cautionnée. Cpr. § 320, note 12. Il s'agit ici d'une dette unique, et bien qu'elle n'ait été cautionnée que partiellement, on doit admettre, d'après la nature même du cautionnement, dont l'objet est de faire accomplir par la caution l'obligation à laquelle le débiteur principal ne satisfait pas, que la première demeure engagée, tant que la dette n'a pas été intégralement acquittée par ce dernier. Troplong, n° 247. Pont, II, 394. Civ. cass., 12 janvier 1857, Sir., 57, 1, 349. [Poitiers, 6 mai 1891, Sir., 92, 2, 111.] Voy. en sens contraire : Ponsot, n° 345.

[2] Cpr. § 292, texte n° 1, et note 4 ; § 324, texte n° 5, et note 48. Aux autorités citées à ces notes, ajoutez encore dans le sens de notre opinion : Marcadé, sur l'art. 1243 ; Pont (*Des petits contrats*, II, 399 et 400), qui s'était d'abord prononcé en sens contraire (*Des hypothèques*, n° 1230).

[3] Pont, II, 404. Civ. rej., 19 janvier 1863, Sir., 63, 1, 187.

collocation non suivie de paiement[4], ni même à celui où il a reçu, non par un pur effet de sa volonté, mais en vertu d'une condition du cautionnement, les objets livrés en paiement[5]. [Elles ne sont pas applicables non plus au cas où le créancier aurait reçu son payement, et où ce payement serait ensuite annulé par application de l'art. 447 du Code de Commerce, en conséquence de la faillite postérieure du débiteur [5] *bis*.]

Du reste, la disposition de l'art. 2038 peut être invoquée par la caution solidaire, aussi bien que par la caution simple[6].

Enfin, le cautionnement s'éteint aussi par la remise volontaire de la dette, consentie par le créancier au profit du débiteur principal, [quelles que soient, d'ailleurs, les réserves que ce créancier aurait pu faire, dans un état postérieur à la remise de dette, des sommes à lui dues [6] *bis*], et par la compensation opérée du chef de ce dernier[7].

2° En second lieu, le cautionnement s'éteint en lui-même, et abstraction faite de son caractère d'engagement accessoire, par les mêmes causes que les obligations en général. Art. 2034. Il y a cependant à cet égard trois observations à faire :

Lorsque la caution devient créancière du créancier de l'obligation principale, la créance de la caution et l'engagement résultant du cautionnement ne se compensent pas de plein droit. La compensation ne s'opère, en pareil cas, que du jour où elle a été opposée par la caution[8].

La réunion, dans une même personne, de la qualité de débiteur et de celle de caution, n'entraîne pas de confu-

[4] Zachariæ, § 428, note 1re. Colmar, 22 avril 1815, Sir., 17, 2, 41.

[5] Req. rej., 23 novembre 1857, Sir., 58, 1, 687.

[[5] *bis*. Douai, 7 juillet 1875, Sir., 77, 2, 257. Cass., 23 octobre 1888, Sir. 89, 1, 409.]

[6] Req. rej., 10 mai 1858, Sir., 59, 1, 161.

[[6] *bis*. Req. 7 janvier 1889, Sir., 92, 1, 372.]

[7] Art. 1287, al. 1, et art. 1294, al. 1. Cpr. art. 1287, al. 2 et 3, 1288 et 1294, al. 2 ; § 323, texte B, note 21 à 26.

[8] Cpr. § 326, texte n° 4 et note 23.]

sion dans le sens de l'art. 1300. Elle laisse subsister les effets du cautionnement, par exemple, en ce qui concerne les hypothèques constituées par la caution[9] ; et elle ne libère pas le certificateur de caution. Art. 2035. On doit également conclure de là que, si la caution d'un incapable devient son héritier, elle reste valablement obligée *ex causa fidejussoria*, tout en succédant à l'action en nullité ou en rescision contre l'obligation principale[10].

La prescription, alors même qu'elle s'est accomplie sans interruption au regard de la caution, ne peut être invoquée par cette dernière, lorsqu'elle a été interrompue vis-à-vis du débiteur principal, soit par un acte d'interpellation, soit par sa reconnaissance. Art. 2250[11].

[Le cautionnement donné en vue et sous la condition même simplement implicite d'une affectation déterminée des fonds mis à la disposition du débiteur, prend fin, par suite de l'affectation de ces fonds, par le débiteur et le créancier, à un emploi différent de celui qui était énoncé au contrat[11 *bis*.]

3° Indépendamment de ces diverses causes d'extinction, la caution cesse d'être obligée [[11 *ter*]], lorsque la

[9] Toullier, VII, 427. Duranton, XII, 376. Troplong, n° 488. Pont, II, 339. [Rouen, 19 nov. 1874, Sir., 76, 2, 326. Le mari, débiteur de la dot, et qui fait confusion avec la caution qui a constitué une hypothèque pour sûreté de la restitution de la dot, reste tenu hypothécairement comme l'était la caution, et ne peut, dès lors, dans cette mesure et pour cette hypothèque, invoquer l'art. 2144 comme il le pourrait s'il s'agissait de l'hypothèque légale.]

[10] Toullier, VII, 428. Duranton, XII, 375. Ponsot, n° 323. Pont, II, 338. Voy. encore : Riom, 5 août 1840, Sir., 40, 2, 492.

[11] Voy. à la note 65 du § 215, la critique de cet article, dont la disposition n'est pas en harmonie avec celle de l'art. 2034.

[[11 *bis*.] Cass., 27 nov. 1906, Sir., 08, 1, 171.]

[[11 *ter*.] Voy. pour le cas où la caution aurait déjà payé, le créancier nanti d'une double hypothèque sur les biens de la caution et sur ceux du débiteur principal ayant été désintéressé par le résultat d'un ordre ouvert sur les biens de la caution, et où le créancier aurait donné, dès avant l'inscription de la subrogation acquise à la caution du chef du payement susvisé, mainlevée de son hypothèque sur les biens du débiteur principal, l'arrêt de la chambre des requêtes du 4 nov. 1896, Dalloz. 1897, 1, 569, note Guénée, Sir., 1900, 1, 509. La caution ne pouvant plus être poursuivie ne peut, désormais, par là même, invoquer l'art. 2037. Mais

subrogation aux droits du créancier, par exemple, aux hypothèques ou privilèges [ou au droit de rétention [11] *quater*] attachés à la créance, est devenue impossible [[11] *quin-*

il lui reste incontestablement, soit une action en réparation du préjudice causé par la hâte imprudente du créancier, soit une action en répétition de la somme indûment payée au créancier dans l'ordre ouvert sur l'immeuble de la caution. Voy. sur le sens de cette formule la note 11 *quinquies infra*.]

[[11] *quater*. Req. 3 août 1872, Sir., 72, 1, 425. Cpr. en ce sens : Req. 8 février 1909, Sir., 10, 1, 433, et la note Bourcart.]

[[11] *quinquies*. On présente le plus souvent la disposition de l'art. 2037 comme une application de l'idée que le cautionnement fait naître, à la charge du créancier, des obligations corrélatives de celles qu'il a pour objet d'imposer à la caution. A la conception romaine du contrat unilatéral de cautionnement, à laquelle répond, en effet, rigoureusement la *fidejussio* immédiatement antérieure au droit classique, se serait substituée dans notre législation une conception très différente, tirant son origine du *mandatum pecuniæ credendæ* du droit classique, et imposant au créancier l'obligation de conserver, au profit de la caution, les garanties réelles qui assurent l'efficacité de son recours éventuel contre le débiteur principal. Voy. not. en ce sens Planiol, II, n° 2383. Cette explication de l'art. 2037 ne nous satisfait pas. Sans doute, elle s'accorde bien avec les solutions visées aux notes 11, 15, 15 *bis*, 17, 18 et 24 *quater*. Mais dans le système du *mandatum pecuniæ credendæ*, où se trouve en effet l'origine de notre disposition, les obligations du créancier envers la caution allaient beaucoup plus loin, puisqu'il était responsable envers elle de son inaction dans les hypothèses visées aux notes 24 et 24 *bis infra*. Voy. fr. 95, § 11, Dig. *de solut.* 46, 3, et Girard, *Manuel*[5] (1911), p. 765 note 5. La raison en est qu'en droit romain, le cautionnement résultant, du *mandatum pecuniæ credendæ*, constituait, avant tout, un mandat, c'est-à-dire, pour employer notre terminologie actuelle, un contrat synallagmatique, au moins imparfait, générateur d'obligations, au moins éventuelles, mais réciproques, du mandant (la caution) et du mandataire (le créancier), celui-ci étant tenu envers son mandant de ne rien faire qui pût compromettre, non seulement les garanties réelles sur lesquelles il pouvait compter, mais, plus généralement, l'efficacité de son recours contre le débiteur principal. Aujourd'hui, la fusion, dans le type uniforme de cautionnement des art. 2011 et suiv., de tous les procédés si divers du cautionnement romain, ayant fait disparaître les traits originaux de chacun d'eux, le cautionnement, même dans la mesure où il rappelle le *mandatum pecuniæ credendæ*, ne saurait être considéré comme un contrat synallagmatique, même imparfait. Il reste, en principe, un contrat unilatéral (voy. § 341, texte et note 5), et la disposition de l'art. 2037 ne peut dès lors s'expliquer par l'existence d'une obligation récurrente du créancier envers la caution. Selon moi, la libération de la caution résultant de l'impossibilité de la subrogation s'explique par une idée plus simple.

quies] par un fait positif ou par la négligence de ce dernier [12] [ou de son représentant dûment qualifié

La loi a solidarisé l'action personnelle du créancier contre la caution et les garanties réelles qu'il s'est assurées avant elle ou en même temps qu'elle, de telle sorte que celle-là ne puisse pas survivre à celles-ci, à peu près comme l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855, dans une matière toute différente, a solidarisé l'action en résolution de la vente d'immeubles et le privilège du vendeur. Cela a été fait dans l'intérêt de toute personne (voy. les notes 19 et 20) qui a volontairement assumé une dette accessoire (voy. la note 21) : il y a là, au fond, une conséquence du caractère accessoire de la dette, qui limite l'obligation de la caution envers le créancier, bien plus qu'elle ne fait naître, à la charge du créancier, une obligation envers la caution. Il va de soi que ce n'est pas là, dans ma pensée, une question de mots. Outre que cette formule me permet de prendre parti comme je l'ai fait sur la difficulté visée à la note 24 *ter infra*, et d'interpréter comme je le propose, la solution donnée à la note 11 *ter supra*, les conséquences de cette formule seraient assez différentes, même en droit interne (voy. p. ex. Req., 25 juin 1902, Sir., 04, 1, 145, note Wahl), de celles qu'entraînerait l'explication classique de l'art. 2037. Il en serait de même dans l'ordre du conflit des lois, à supposer que les obligations résultant du cautionnement ne dépendissent pas d'une seule et même loi. E. B.

[12] Les termes *par le fait du créancier* sont généraux, et comprennent, non seulement les faits positifs ou de commission, mais encore les faits négatifs ou d'omission et de négligence. Il est vrai que Pothier (*Des obligations*, n° 557) n'accorde à la caution l'exception *cedendarum actionum*, qu'autant que le créancier s'est, par *un fait positif*, mis hors d'état de la subroger à ses droits. Mais il n'est pas vraisemblable que les rédacteurs du Code Napoléon aient voulu consacrer cette distinction : si telle avait été leur pensée, ils n'eussent pas manqué de reproduire les expressions *fait positif*, dont Pothier s'est servi. Cette distinction paraît d'ailleurs incompatible avec la disposition de l'art. 1383, qui assimile la simple négligence à la faute positive. Il faut donc admettre que la caution peut invoquer l'art. 2037, dans le cas, par exemple, où le créancier aurait négligé de prendre ou de renouveler en temps utile une inscription hypothécaire. Delvincourt, sur l'art. 2037. Troplong, *De la vente*, II, 941 ; *Du cautionnement*, nos 565 à 567. Duvergier, *De la vente*, II, 276 et suiv. Duranton, XVIII, 382. Ponsot, n° 382. Gauthier, *De la subrogation*, n° 531. Taulier, VII, p. 46 ; Pont, II, 380 et 381. Pau, 3 janvier 1824, Sir., 26, 2, 57. Civ. cass., 25 juillet 1827, Sir., 28, 1, 17. Toulouse, 27 août 1829, Sir., 30, 2, 89. Req. rej., 23 mai 1833, Sir., 33, 1, 574. Civ. rej., 17 août 1836, Sir., 36, 1, 632. Req. rej., 29 mai 1838, Sir., 38, 1, 550. Civ. cass., 14 juin 1841, Sir., 41, 1, 465. Req. rej., 20 mars 1843, Sir., 43, 1, 455. Civ. rej., 23 février 1857, Sir., 57, 1, 359. Toulouse, 2 mai 1859, Sir., 59, 2, 416. Req. rej., 7 juillet 1862, Sir., 62, 1, 799. [Voy. une application plus rigoureuse encore de la responsabilité de la simple négligence du créancier, dans l'arrêt de la

[12] *bis.*] Art. 2037. Si cette impossibilité provient, soit d'un fait exclusivement personnel à la caution, soit même d'un fait qui lui soit tout aussi bien imputable qu'au créancier, elle ne peut s'en prévaloir pour obtenir sa décharge [13].

La disposition de l'art. 2037 ne s'applique qu'aux droits et sûretés existant dès avant le cautionnement, ou constitués en même temps que ce dernier. Elle ne concerne, ni les droits qui ne se sont ouverts que postérieurement à l'établissement du cautionnement, ni les sûretés que le créancier s'est procurées ou qui lui ont été fournies depuis cette époque [14]. A plus forte raison, ne

Cour de cassation du 2 déc. 1895, Sir., 96, 1, 65 (note de M. Lyon-Caen sur la question de la charge de la preuve).] Voy. en sens contraire : Toullier, VII, 171 ; Mourlon, *De la subrogation*, p. 518 et suiv., Zachariæ, § 428, texte et note 2 ; Caen, 3 juillet 1841, Sir., 41, 2, 493 ; Toulouse, 19 mars 1842, Sir., 44, 1, 71 ; Agen, 9 juin 1842, Sir., 42, 2, 543.

[12 *bis*. Cpr. Pau, 7 mars 1889, sous Cass., Sir., 92, 1, 265, en matière d'administration forestière.]

13 Civ. cass., 10 août 1814, Sir., 15, 1, 242. Req. rej., 13 mai 1835, Sir., 35, 1, 338. Civ. rej., 23 décembre 1845, Sir., 46, 1, 107. Civ. rej., 26 mai 1846, Sir., 46, 1, 739. [Cpr. sur la formule du texte, qui implique faute commune du créancier et de la caution, l'arrêt de la chambre des requêtes du 18 mars 1901, Sir., 03, 1, 137 (note Wahl), qui applique, très exactement selon nous, l'art. 2037, à l'hypothèse d'une faute exclusivement personnelle du créancier, précédée d'ailleurs d'une omission non constitutive de négligence et de faute, de la caution.]

14 L'art. 2037, à la vérité, ne distingue pas. Mais cette considération ne nous paraît pas déterminante. On ne peut, en effet, expliquer l'art. 2037, qu'en partant de l'idée que le tiers qui se porte caution d'une dette à laquelle étaient déjà affectées d'autres sûretés, ne s'étant vraisemblablement engagé qu'en vue de ces sûretés et dans l'espérance d'y trouver la garantie de son recours, il y aurait injustice à ce qu'il pût en être privé par le fait du créancier. Ce serait donc donner à la disposition de l'art. 2037 une extension contraire au fondement sur lequel elle repose, que de l'appliquer à des sûretés sur lesquelles la caution n'a pu compter au moment où elle s'est engagée. Indépendamment de ce motif général, qui porte également sur les sûretés volontairement fournies par le débiteur, et sur celles que le créancier s'est procurées par son propre fait, telle, par exemple, qu'une hypothèque judiciaire, on peut dire encore, en ce qui concerne particulièrement ces dernières, qu'il n'existe aucune raison de justice ou d'équité qui oblige le créancier à conserver, dans l'intérêt de la caution, des sûretés qu'il ne doit qu'à sa diligence personnelle. Mourlon, *De la subrogation*, p. 526 et suiv. Bertauld, *De la subrogation à l'hypo-*

s'étend-elle pas à des sûretés que le créancier aurait pu obtenir, et qu'il a négligé de se procurer [15]. [Elle cesse même de s'appliquer, même aux droits et sûretés existants dès avant le cautionnement, ou constitués en même temps que celui-ci, lorsqu'il résulte des termes de la convention, souverainement interprétée par le juge du fait, que la caution ne pouvait compter sur eux, et que le cautionnement avait été souscrit en vue de l'insolvabilité éventuelle du débiteur [15 *bis*].

D'un autre côté, le créancier n'encourt pas la déchéance établie par l'art. 2037, pour avoir simplement fait prononcer la faillite du débiteur [16].

Lorsque la subrogation aux droits du créancier n'est devenue impossible que pour partie, la caution n'est affranchie de son engagement que dans la même proportion [17]. Et, dans le cas même où la subrogation serait devenue impossible pour le tout, la caution n'en resterait pas moins obligée, si cette impossibilité ne lui causait aucun préjudice, à raison de l'inefficacité des sûretés auxquelles le créancier aurait renoncé [18].

Au surplus, le bénéfice de l'art. 2037 appartient à la caution solidaire, aussi bien qu'à la caution simple [19],

thèque légale des femmes mariées, n° 159. Pont, II, 377. Zachariæ, § 428, texte et note 4. Civ. cass., 14 janvier 1831, Sir., 31, 1, 97. Req. rej., 12 mai 1835, Sir., 35, 1, 338. Civ. cass., 27 novembre 1861, Sir., 62, 1, 129. Civ. cass, 10 décembre 1866, Sir., 67, 1, 15. Nancy, 13 avril 1867, Sir., 68, 2, 81. Voy. en sens contraire : Duranton, XVIII, 382; Ponsot, n° 334; Troplong, n^os^ 570 et 571 ; Gauthier, *De la subrogation*, n^os^ 535 à 538 ; Taulier, VII, p. 47 ; Caen, 18 mars 1828, Sir., 28, 2, 121.]

[15] Pont, II, 378. Pau, 25 août 1851, Sir., 52, 2, 29. Civ. cass., 3 mai 1861, Sir., 61, 1, 682.

[15 *bis*. Cass., 16 nov. 1877, Sir., 78, 1, 415.]

[16] Req. rej., 7 avril 1869, Sir., 70, 1, 160.

[17] Pont, II, 374 et 375. Toulouse, 2 janvier 1823, Sir., 23, 2, 118. [Civ. cass., 23 juillet 1885, Sir., 85, 1, 171.]

[18] Troplong, n° 572. Ponsot, n° 334. Pont, II, 376. Civ. rej., 8 mai 1850, Sir., 50, 1, 597. Civ. rej., 19 janvier 1863, Sir., 63, 1, 187. [Pau, 21 janvier 1884, Sir., 86, 2, 90. Civ. rej., 2 février 1886, Sir., 87, 1, 5, et la note de M. Labbé sur la charge de la preuve, qui pèse, en pareil cas, sur la caution. Voy. en ce sens la note de M. Lyon-Caen sous Civ. cass., 2 déc. 1895, Sir., 96, 1, 65.]

[19] Merlin, *Quest.*, v° Solidarité, § 5. Duranton, XVIII, 382, à la note.

Mourlon, *De la subrogation*, p. 514. Ponsot, n° 529. Pont, II, 368. Zachariæ, § 428, note 3. Bordeaux, 19 août 1822, Sir., 23, 2, 133. Pau, 3 janvier 1824, Sir., 26, 2, 57. Caen, 18 mars 1828, Sir., 28, 2, 121. Civ. rej., 17 août 1836, Sir., 36, 1, 632. Req. rej., 29 mai 1838, Sir., 38, 1, 550. Civ. cass., 14 juin 1841, Sir., 41, 1, 465. Req. rej., 20 mars 1843, Sir., 43, 1, 455. Limoges, 28 mars 1844, Sir., 44, 2, 143. Amiens, 25 mars 1847, Sir., 47, 337. Req. rej., 9 janvier 1849, Sir., 49, 1, 278. Civ. rej., 8 mai 1850, Sir., 50, 1, 597. Orléans, 3 avril 1851, Sir., 51, 3, 555. Req. rej., 16 mars 1852, Sir., 52, 1, 636. Civ. rej., 23 février 1857, Sir., 57, 1, 359. Nancy, 19 février 1858, Sir., 58, 2, 444. Toulouse, 2 mai 1859, Sir., 59, 2, 416. Civ. rej., 19 janvier 1863, Sir., 63, 1, 187. [Civ. cass. 7 mars 1887, Sir., 87, 1, 265. Pau, 21 juillet 1884, Sir., 86, 2, 90. Civ. cass., 23 juillet 1885, Sir., 85, 1, 171. Trib. de Béziers, 9 avril 1894, sous Cass, 12 déc. 1898, Sir., 02, 1, 186.] Voy. en sens contraire : Troplong, n° 557 ; Rouen, 7 mars 1819, Sir., 19, 2, 72 ; Limoges, 21 mai 1835, Sir., 35, 2, 455 ; Agen, 10 juillet 1837, Sir., 39, 2, 291. L'argumentation de M. Troplong peut se résumer ainsi qu'il suit : La subrogation légale admise par l'art. 1251, n° 3, et par l'art. 2029, n'a fait que remplacer l'exception *cedendarum actionum* du Droit romain et de notre ancienne jurisprudence ; elle ne saurait avoir plus d'effet que cette exception, et n'oblige dès lors le créancier à céder ses actions que telles qu'il les possède au moment du paiement, sans l'astreindre à conserver des sûretés attachées à sa créance. Cette subrogation n'étant pas le principe de la déchéance prononcée par l'art. 2037, il faut le chercher ailleurs, et on ne peut le trouver que dans le bénéfice de discussion : d'où la conséquence que la caution solidaire, qui ne jouit pas du bénéfice de discussion, n'est pas non plus recevable à se prévaloir de la disposition de l'art. 2037. Cette argumentation ne nous paraît pas concluante. Nous admettons tout ce que dit M. Troplong sur l'origine et les effets de la subrogation légale. Cpr. § 298 *ter*, texte et note 47. Mais de ce qu'en principe cette subrogation n'oblige pas le créancier à conserver les sûretés affectées à sa créance, il n'en résulte pas que le législateur n'ait pu exceptionnellement, et par des raisons particulières, y attacher cet effet. Or, c'est ce que, par l'art. 2037, il a fait au profit de la caution, en suivant les errements de notre ancienne jurisprudence, et par le motif de justice ou d'équité que nous avons déjà indiqué à la note 14 *supra*. Que si les rédacteurs du Code ne sont pas allés dans cette voie aussi loin que notre ancienne jurisprudence, en ce qu'ils n'ont pas accordé au codébiteur solidaire la même faveur qu'à la caution, cela s'explique par les raisons développées à la note 47 du § 298 *ter*. Mais il ressort de ces mêmes raisons, qu'au point de vue où ils se sont placés pour conférer à la caution le bénéfice spécial établi par l'art. 2037, ils ne devaient faire aucune distinction entre la caution simple et la caution solidaire. La solidarité, à laquelle la caution s'est soumise, donne bien au créancier un droit de poursuite plus énergique, mais ne le dispense pas, pour cela, de l'obligation de conserver les sûretés en contemplation desquelles le cautionnement a été fourni. Aussi l'art. 2037 ne fait-il aucune distinction entre la caution simple et la caution solidaire. Nous ajouterons que le système de M. Troplong conduit à des conséquences

[qui doivent s'en prévaloir devant le juge du fait [19] *bis.*]

Il peut également être invoqué par celui qui, sans se rendre personnellement caution, a constitué une hypothèque pour sûreté de la dette d'un tiers [20].

inconciliables avec le texte de cet article. En effet, si le bénéfice de discussion devait être le fondement de la décharge établie au profit de la caution par l'art. 2037, il faudrait, pour être conséquent, refuser l'avantage de cette décharge, non seulement à la caution solidaire, laquelle ne jouit pas du bénéfice de discussion, mais à la caution simple elle-même dans le cas où il s'agirait de sûretés constituées sur des biens qui, ayant été aliénés par le débiteur, ne seraient plus susceptibles de former l'objet d'une réquisition de discussion. En renonçant à de pareilles sûretés après l'aliénation de ces biens par le débiteur, le créancier ne porte, par son fait, aucune atteinte au bénéfice de discussion ; et il est évident cependant qu'il encourt l'application de l'art. 2037. La même observation s'applique au cas où le créancier aurait renoncé à des hypothèques établies sur des immeubles situés hors du ressort de la cour d'appel du lieu où le paiement doit être fait. Art. 2023. D'un autre côté, le système de M. Troplong, appliqué à l'hypothèse d'une dette cautionnée par deux fidéjusseurs qui auraient renoncé au bénéfice de division, conduirait à cette conséquence que la décharge accordée par le créancier à l'un des fidéjusseurs, ou sa renonciation aux sûretés fournies par ce dernier, laisserait intacte son action contre l'autre, puisqu' il n'aurait porté, par cette décharge ou cette renonciation, aucune atteinte au bénéfice de discussion, qui s'applique exclusivement aux biens du débiteur principal, ni même au bénéfice de division, auquel les fidéjusseurs avaient renoncé. Or, cette conséquence est inadmissible en présence de l'art. 2037. Aussi est-elle repoussée par M. Troplong lui-même (nos 553 à 556), qui nous paraît être ainsi tombé dans une palpable contradiction. Cette contradiction a sans doute échappé à son attention, parce que, dans sa pensée telle qu'il l'exprime au n° 556, la décharge accordée par le créancier à l'un des fidéjusseurs ou sa renonciation aux sûretés données par celui-ci, restreindrait ou anéantirait le bénéfice de discussion, qui cependant ne s'applique qu'aux biens du débiteur principal.

[19 *bis.* C'est un moyen nouveau en cassation. Cass., 21 octobre 1888, Sir., 89, 1, 107.]

20 Quoique ce tiers ne soit pas une véritable caution, on doit cependant reconnaître qu'il n'est, ainsi que la caution, qu'accessoirement tenu de la dette d'autrui, et qu'il est fondé à dire, comme cette dernière, qu'il n'a entendu s'engager qu'en contemplation des sûretés fournies par le débiteur. Mourlon, *De la subrogation*, p. 514. Bertauld, *op. cit.*, n° 159. Voy. en sens contraire : Troplong, n° 562 ; Gauthier, *op. cit.*, n° 512 ; Pont, *Des hypothèques*, n° 603, et *Des petits contrats*, II, 371 ; Zachariæ, § 266, note 1re, et § 428, note 3. Cpr. aussi : Civ. cass., 25 novembre 1812, Sir., 13, 1, 177; Civ. cass., 10 août 1814, Sir., 15, 1, 242. Le premier de ces arrêts, rendu par défaut, avait formellement consacré l'opinion contraire à celle

Mais il n'appartient, ni au codébiteur solidaire, ni au tiers détenteur d'immeubles hypothéqués [21].

4° La simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne libère pas la caution, qui peut cependant, dans ce cas, agir contre le débiteur pour obtenir sa décharge. Art. 2039 [22]. Il en est ainsi, alors même qu'il s'agirait d'un cautionnement fourni pour sûreté de loyers ou de fermages stipulés payables d'avance et par anticipation [23]. [Mais il n'en serait plus de même, si le cautionnement portait sur le prix d'une vente de marchandises avec stipulation de payement comptant [23 *bis*.]

On doit décider, par la même raison, que la simple abstention de poursuites de la part du créancier, ne libère pas la caution, bien que le débiteur soit devenu insolvable depuis l'époque de l'exigibilité de la dette [24]. Il en serait de même du cas où le créancier n'aurait pas produit à la faillite du débiteur principal [24 *bis*.] [Mais nous hésiterions à admettre qu'il en soit encore de même du cas où le créancier, ayant hypothèque tant sur les immeubles du débiteur que sur ceux de la caution, se

que nous avons émise. Mais la cour régulatrice, ayant été saisie une seconde fois de la question, par suite de l'opposition formée à son premier arrêt, n'a pas maintenu la thèse qu'elle avait d'abord établie, et s'est décidée par d'autres motifs.

[21] Voy. § 298 *ter*, texte n° 5, *in fine*, et note 47 ; § 287, texte n° 2, et note 30.

[22] Le renouvellement de billets, même négociables, garanti par un cautionnement, doit, en général, être plutôt considéré comme une simple prorogation de terme, que comme une novation de nature à entraîner l'extinction de la dette. Req. rej., 16 juin 1846, Sir., 46, 1, 449. [Cass. 18 mai 1893, Sir., 93, 1, 447.] Cpr. cep. Caen, 24 mai 1842, Sir., 42, 2, 488.

[23] Req. rej., 17 août 1859, Sir., 60, 1, 145.

[23 *bis*. Req. 8 août 1872, Sir., 72, 1, 425.]

[24] Troplong, n° 568. Mourlon, *Des subrogations*, p. 525. Demolombe, XXV, 650. Pont, II, 382. Agen, 26 novembre 1836, Sir., 37, 2, 102. Civ. cass., 22 janvier 1849, Sir., 49, 1, 182. Civ. cass., 8 mai 1861, Sir., 61, 1, 582. Nancy, 13 avril 1867, Sir., 68, 2, 81. [Cass., 31 juillet 1900, Sir., 02, 1, 119.]

[24 *bis*. La caution pouvant le faire elle-même sur le fondement de l'art. 2032. Req. 29 avril 1891, Sir., 91, 1, 443. Req. 5 février 1906, Sir., 06, 1, 481 (note critique de M. Lyon-Caen, sur la rédaction de l'arrêt).]

serait abstenu de produire dans un ordre ouvert sur le prix de la vente des biens du premier [24] *ter*. Enfin, si le créancier a fait vendre, sans observer les formalités de l'art. 93 du Code de Commerce, les marchandises données en gage, et qu'il soit, d'ailleurs, établi que la vente a eu lieu suivant la véritable valeur desdites marchandises, dont l'observation des formalités de l'art. 93 n'aurait pu avoir pour résultat de faire hausser le prix [24] *quater*.]

Le cautionnement ne s'éteint pas non plus par la mort de la caution. Ses obligations passent à ses héritiers. Art. 2017 [25].

3. *Du nantissement.*

Sources. *Code Napoléon*, art. 2071-2091. — Bibliographie. Pothier, *Traité du nantissement et de l'antichrèse*. Ces traités forment les chap. 4 et 5 de celui des hypothèques. *Du nantissement*, par Troplong; Paris, 1847; 1 vol. in-8°. Pont, *Des petits contrats*, II, n°s 1049 à 1312. [De Loynes, *Privilèges et hypothèques*, dans la collection Baudry Lacantinerie, 3 vol. in-8°.]

§ 430.

Du nantissement en général.

Le nantissement est un contrat par lequel un débiteur, ou un tiers, remet au créancier un objet, mobilier ou

[24 *ter*. Voy. en ce sens Montpellier, 23 août 1870, sous Civ. cass., 19 nov. 1872, Sir., 73, 1, 193, note critique de M. Labbé. Nous nous associons, mais sous certaines réserves, relatives à la définition qu'il donne du droit conféré à la caution par l'art. 2032, à ces critiques de M. Labbé. Selon nous, le droit de la caution à invoquer à l'art. 2037 se rattache avant tout à l'esprit de cette disposition, tel que nous avons essayé de le fixer à la note 11 *quinquies supra*.]

[24 *quater*. Civ. rej., 2 déc. 1903, Sir. 08, 1, 138. Cette solution et celle de la note 24 *bis* me paraissent justes : elles sont très différentes de celle visée à la note 24 *ter*.]

25 L'exception relative à la contrainte par corps n'a plus aujourd'hui d'application, par suite de l'abolition de cette voie de contrainte en matière civile et commerciale. Loi du 22 juillet 1867.

immobilier, destiné à lui servir de sûreté. Art. 2071, 2077 et 2090.

Le nantissement d'un objet mobilier s'appelle plus spécialement gage. Celui d'un objet immobilier s'appelle antichrèse. Art. 2072.

a. *Du gage* [1].

§ 431.

Notion du contrat de gage. — Des conditions essentielles à son existence.

Le gage est un contrat par lequel le débiteur, ou un tiers, remet au créancier un objet mobilier, corporel ou incorporel, dans le but de lui conférer le droit de se faire payer [de ce qui lui est dû [1] *bis*] sur cet objet, de préférence à d'autres créanciers[2]. Art. 2073 et 2077.

Ce contrat exige donc, comme conditions de son existence, le consentement des parties, la remise [[2] *bis*] au créancier d'un objet mobilier [[2] *ter*], et l'intention de lui assurer un droit de préférence. Il n'est cependant pas indispensable que le créancier soit lui-même mis en possession de l'objet engagé : les parties peuvent convenir d'un tiers pour en recevoir le dépôt. Art. 2076.

L'existence d'un premier nantissement ne forme point obstacle à une nouvelle mise en gage du même objet, pourvu que le second créancier obtienne, conjointement

[1] Le terme *gage* est souvent pris pour l'objet même qui est donné en nantissement.

[[1] *bis*. Cpr. pour l'hypothèse d'une obligation de faire, Cass., 9 mai 1881, Sir., 82, 1, 150.]

[2] Cpr. Req. rej., 26 juin 1866, Sir., 66, 1, 337.

[[2] *bis*. Le contrat de gage est un contrat qui se forme *re*. Voy. sur les conséquences possibles de cette qualification § 432, note 19 *quindecies*.]

[[2] *ter*. Cpr. Grenoble, 3 mars 1903, Sir., 05, 2, 230 (hypothèse d'immobilisation de meubles, excluant la possibilité de la mise en gage). Voy. aussi, pour l'hypothèse d'avances consenties sur consignation de marchandises d'espèces variées et disparates, exclusive en fait d'une véritable constitution de gage : Paris, 21 nov. 1881, Sir., 85, 2, 114.]

avec le premier, la possession de la chose engagée, ou qu'elle soit détenue par un tiers pour leur compte commun [3].

[Peu importe, d'ailleurs, sauf le cas de faillite, que le nantissement ait été constitué pour garantir une dette préexistante ou une dette contractée en même temps que le nantissement lui-même [3 *bis*].]

§ 432.

Des conditions de la validité du contrat de gage. — Des conditions de son efficacité à l'égard des tiers.

1° Il faut, pour pouvoir donner un objet en gage, en être propriétaire [[1] *bis*] et avoir la capacité d'en disposer. Toutefois, le créancier qui, de bonne foi, a reçu [régulièrement [1] *ter*] du débiteur un objet [corporel [1] *quater*] dont celui-ci n'était pas propriétaire, peut, hors les cas de vol ou de perte [[1] *quinquies*],

[3] Troplong, n^os^ 315 à 318. Aix, 28 février 1840, Sir., 50, 2, 570. [Cpr. Dijon, 10 février 1902, Sir., 04, 2, 97. — On ne confondra pas l'hypothèse visée au texte avec celle qui est prévue à la note 21 *bis* du § 432.]

[[3] *bis*, Bordeaux, 26 mai 1873, Sir., 1874, 2, 5.]

[[1] *bis*. Réserve faite de l'hypothèse de la commission. Voy. sur cette hypothèse, Cass., 20 juillet 1871, Sir., 71, 1, 41.]

[[1] *ter*. C'est-à-dire avec les formalités prescrites par les art. 2074 et 2075. Civ. Cass., 5 juin 1872, Sir., 72, 1, 157. Civ. Cass., 20 mars 1888, Sir., 88, 1, 265. Voy. sur les art. 2074 et 2075 texte et notes 7 et 14 *infra*.]

[[1] *quater*. Y compris, bien entendu, les titres au porteur (voy. § 433, note 4). Douai, 20 juin 1892, Sir., 92, 2, 161, et la note de M. Lyon-Caen. Y compris même, mais seulement dans une certaine doctrine, que nous n'approuvons pas, le *récépissé* qui, par les caractères de sa rédaction, peut être considéré comme en tenant lieu. Voy. Aix, 13 nov. 1889, Sir., 90, 2, 17 (note critique de M. Naquet), qui relève avec précision les différences essentielles qui séparent le titre au porteur du *récépissé*, et ne permettent pas d'étendre du premier au second les règles relatives à la mise en gage du premier, considéré comme meuble corporel).]

[[1] *quinquies*. En pareil cas, le droit du propriétaire dépouillé l'emporte sur celui du créancier gagiste comme sur celui de l'acheteur. Mais la Cour de cassation va plus loin encore. Elle n'applique pas au gagiste la disposition favorable de l'art. 2280, qui, d'après elle, est spécialement faite pour l'acheteur seul. Cass., 11 mai 1893, Sir., 93, 1, 481, note critique de M. Tissier sur cette doctrine, la solution de l'arrêt lui paraissait juste pour d'autres raisons. Cpr. § 183, note 16.]

en refuser l'extradition au véritable propriétaire [1].

Tous les objets mobiliers, corporels ou incorporels, susceptibles d'être vendus ou cédés, [y compris l'argent [1] *sexies*], peuvent aussi être donnés en gage, [du jour où ils existent [1] *septies*]. Il en est ainsi, notamment, des rentes sur l'État [2], des brevets d'invention [3], et des droits de bail [4]. [Les obligations créées par une société, lorsqu'elles ont, par la réunion de certains caractères relevés souverainement par le juge du fait, une existence

[1] Arg. art. 2102, n° 4, al. 3, et 2279. [Voy. § 183, texte n° 6. Cass., 25 mars 1901, Sir., 01, 1, 305. Cass., 23 octobre 1905, Sir., 06, 1, 40.] Cpr. § 290. *Exposé de motifs*, par Berlier (Locré, *Lég.*, XVI, p. 29 et 30, n° 9) Delvincourt, III, p. 438. Valette, *Des privilèges et des hypothèques*, I, n° 49, p. 53. Troplong, n°s 70 à 72. Pont, II, 1073. Cpr. Req. rej., 23 janvier 1860, Sir., 60, 1, 543. [Bordeaux, 26 mai 1873, Sir., 74, 2, 5. Req. 12 mars 1888, Sir., 88, 1, 264. Req. 6 juillet 1891, Sir., 95, 1, 403. Douai, 20 juin 1892, Sir., 92, 2, 161, et la note Lyon-Caen. Cass., 16 mai 1899, Sir., 1900, 1, 86. Cpr. Rouen, 22 juillet 1896, Sir., 97, 2, 115 (question de faute possible du banquier dans l'hypothèse d'une constitution de gage sur titres au porteur).] Voy. en sens contraire : Grenier, *Des hypothèques*, II, 314.

[[1] *sexies*. Cass., 14 mai 1875, Sir., 75, 1, 383, et le rapport de M. le Conseiller Barbier. Cass., 20 avril 1901, Sir., 05, 1, 197 (au point de vue de l'application de l'art. 408 du Code pénal).]

[[1] *septies*. La mise en gage des choses futures n'est pas possible. Bourges, 29 avril 1901, Sir., 02, 2, 273 (note critique Wahl). Cpr. 344, texte et note 1 *ter*. La règle qui nous posons au § 344, texte et note 1 *ter*, doit être limitée, en matière de gage, par celle que nous formulons § 432, texte, lettre *d*, note 20 et suiv. Cpr. De Loynes, I, n° 36.]

[2] Les rentes sur l'État sont, il est vrai, insaisissables ; mais par cela même qu'elles sont cessibles, elles peuvent aussi être données en gage d'une manière efficace, rien ne s'opposant à ce que le créancier nanti les fasse vendre à la Bourse, pour se faire payer. Troplong, p. 407. Pont, II, 1080, et 1151. Paris, 17 janvier 1854, Sir., 54, 2, 209. Paris, 17 janvier 1868, Sir., 68, 2, 79. [Paris, 19 janvier 1886, Sir., 87, 2, 1 (note Labbé) Paris, 21 mars 1889, Sir., 91, 2, 134. Paris, 26 janvier 1894, Sir., 94, 2, 93. D'ailleurs, des difficultés spéciales qui tiennent au caractère de la mutation et à la détermination de l'acte dont elle résulte s'élèvent quant à la mise en gage de la nue propriété de ces titres de rente. Cpr. Paris, 11 juillet 1900, Sir., 03, 2, 153. Cass., 17 déc. 1902, Sir., 04, 3, 341. Cass., 10 janvier 1905, Sir., 05, 1, 328.]

[3] Pont, II, 1103. Paris, 29 août 1865, Sir., 66, 2, 24.

[4] Pont, *loc. cit.* Civ. cass., 13 avril 1859, Sir., 59, 1, 913. Grenoble, 4 janvier 1860, Sir., 61, 2, 125. Req. rej., 6 mars 1861, Sir., 61, 1, 713, Paris, 11 avril et 31 mai 1866, Sir., 66, 2, 315.

légale, et qu'elles sont transmissibles, peuvent, bien qu'elles soient momentanément indisponibles, faire l'objet d'un nantissement [4] *bis*.]

[Il en était ainsi, dès avant la loi du 1er mars 1898, des fonds de commerce, considérés comme meubles incorporels, en tant que les objets matériels qui en dépendent, comme outillage ou marchandises, pouvaient être considérés, en fait, comme l'accessoire du titre, du droit au bail, et de l'achalandage [4] *ter*. La mise en gage de ces

[4] *bis*. Req. 13 juin 1903, Sir., 05, 1, 497. Civ. rej., 23 février 1909, Sir., 09, 1, 390. Voy. en sens contraire Besançon, 5 août 1903, Sir., 05, 2, 194 et la note de M. Wahl sous l'arrêt de la chambre des requêtes du 13 juin 1903, précité. Notre savant collègue, argumentant avec beaucoup de force de l'inexistence juridique desdites obligations, tant qu'elles ne sont pas encore émises, ramène le prétendu nantissement dont elles ont été l'objet, à un mandat de les émettre accompagné d'une délégation des sommes qui seraient versées après l'émission par les obligataires. Cette interprétation, dont les conséquences pratiques, surtout dans l'hypothèse de la faillite de la société qui les a émises, ne sont pas négligeables, nous paraît préférable à celle de la Chambre des requêtes et de la Chambre civile. Voy. la note anonyme sous l'arrêt du 23 février 1909. La critique de M. Wahl repose d'ailleurs essentiellement, comme il le reconnaît lui-même, sur le principe que les choses futures ne peuvent faire l'objet d'un nantissement. Voy. la note 1 *septies supra*. Il est d'ailleurs bien entendu que les critiques de M. Wahl sont étrangères à l'hypothèse où les obligations ont été émises. L'émission est la condition même de la possibilité de la mise en gage Voy. sur cette hypothèse : Douai, 29 nov. 1904, Sir., 05, 2, 294, et Req. (mêmes parties), 1er août 1906, Sir., 08, 1, 68. Cpr. enfin, pour l'hypothèse où les titres donnés en gage seraient nuls, et pour la responsabilité de a société envers le gagiste à raison de l'émission frauduleuse : Cass., 7 août 1906, Sir., 07, 1, 88.]

[4 *ter*. Je rattache aux §§ 432 et 434 l'explication des lois du 1er mars 1898 et du 17 mars 1909, bien qu'il s'agisse là d'une constitution de gage en matière commerciale, et que MM. Aubry et Rau aient consacré à cette matière leur § 433. Je donne à la note 3 *bis* du § 433 la raison de cette anomalie de mon exposition. — Le trib. de comm. de la Seine avait bien jugé, le 18 janvier 1896, Sir., 97, 2, 89 (note critique Wahl), que le nantissement d'un fonds de commerce était impossible, parce que le fonds de commerce est fait « d'un ensemble d'objets mobiliers et de droits incorporels (*sic*) formant un tout indivisible... que les nécessités de la gestion sont un obstacle insurmontable à l'établissement du dépôt (*sic*) aux mains du créancier gagiste », mais cette opinion radicale était restée isolée. La discussion ne s'établissait réellement qu'entre deux opinions, la première, qui admettait la possibilité de la mise en gage, mais sous

fonds de commerce était possible, pourvu d'ailleurs que le fonds de commerce qui était l'objet de la mise en gage existât réellement avec tous les éléments nécessaires à son fonctionnement, à la date de la constitution du gage[4] *quater*.]

[La loi du 1er mars 1898 a réglementé le nantissement du fonds de commerce en le soumettant à des conditions de publicité qui seront analysées plus loin, mais sans définir avec plus de précision le fonds de commerce lui-même, en tant qu'il est susceptible de faire l'objet d'un nantissement. Cette lacune a été comblée par la loi du 17 mars 1909, art. 1, al. 2, et art. 9. Aux termes de ces textes, le nantissement d'un fonds de commerce comprend, de plein droit[4] *quinquies*, l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage. Il peut comprendre en outre, si les éléments du fonds de commerce qui vont être indiqués ci-après sont énumérés [4] *sexies* et désignés expressément[4] *septies* dans l'inscription, le mobilier commercial, le matériel et

réserve de la distinction des biens corporels et des biens incorporels dont la réunion constituait le fonds de commerce, et par conséquent sous réserve de la différence des formalités nécessaires pour ces deux sortes de biens (voy. en ce sens Trib. comm. de la Seine, 26 février 1895, Sir., 97, 2, 89 (note Wahl). Cpr. Thaller, *Annales de droit commercial*, 1889, 221. La même doctrine se retrouve, sous l'empire de la loi du 1er mars 1898, dans un arrêt de la cour d'Amiens, du 7 juillet 1900, Sir., 01, 2, 153 (Note Wahl); la seconde, qui sanctionnait, dès avant la loi du 1er mars 1898, la thèse de l'unité du fonds de commerce, considéré, dans son ensemble, comme un meuble incorporel (voy. en ce sens Seine, 15 janvier 1895, Lyon, 14 mars 1895, Paris, 4 janvier 1896, Sir., 97, 2, 89). La Chambre des Requêtes avait déjà posé, un peu hardiment, le principe que le fonds de commerce constitue une universalité juridique, par opposition à l'*universitas rerum*: Req., 13 mars 1888, Sir., 88, 1, 302, et les critiques de M. Wahl sous Paris, 26 février 1895, Sir., 97, 2, 89.]

[4 *quater*. Voy. pour l'hypothèse contraire, mais seulement sous le régime de la loi du 1er mars 1898, Bourges, 29 avril 1901, Sir., 02, 2, 273 (note Wahl).]

[4 *quinquies*. C'est-à-dire à défaut de désignation précise des éléments du fonds de commerce dans l'acte de nantissement. Cpr. les notes 4 *sexies* et 4 *septies infra*.]

[4 *sexies*. Formule de l'art. 1 de la loi pour le privilège du vendeur.]

[4 *septies*. Formule de l'art. 9 et de l'art. 24.]

l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les brevets d'invention, les licences, les marques de fabrique et de commerce, les dessins et modèles industriels et généralement les droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique qui y sont attachés. Il en est de même, et sous la même condition de désignation précise dans l'acte de nantissement, des succursales du fonds de commerce mis en gage. Le nantissement ne peut, en aucun cas, comprendre les marchandises [4] *octies*.]

La validité du contrat de gage n'est soumise, en ce qui concerne ses effets entre les parties, à l'observation d'aucune formalité extrinsèque [5].

2° Mais ce contrat ne confère au créancier gagiste, un droit de préférence sur les autres créanciers du débiteur, que sous les conditions suivantes :

a. Lorsque l'objet engagé est un meuble corporel, et que la valeur de cet objet ainsi que le montant de la créance pour sûreté de laquelle le gage a été fourni, dépassent l'une et l'autre cent cinquante francs [6], le contrat doit être constaté par un acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré [7]. Art. 2074.

[4 *octies*. Il en était autrement sous le régime de la loi du 1er mars 1898, à raison de l'interprétation extensive de la notion de fonds de commerce, interprétation extensive qu'appuyaient tant les travaux préparatoires de ladite loi que certaines dispositions des lois fiscales, antérieures. Voy. Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial*, 5e éd., n° 85.]

[5] *Rapport* du tribun Gary (Locré, *Lég.*, XVI, p. 38 et 39, n° 7). Duranton, XVIII, 512. Troplong, n° 114. Pont, II, 1098. Zachariæ, § 433, texte et note 2. Paris, 29 mars 1832, Sir., 32, 2, 293. Req. rej., 31 mai 1836, Sir., 36, 1, 857. Bordeaux, 28 août 1840, Sir., 41, 2, 169. Cpr. Civ. rej., 2 juin 1858, Sir., 58, 1, 591.

[6] C'est ainsi qu'il faut entendre les termes de l'art. 2074, *en matière excédant la valeur de cent cinquante francs*. Ces termes, en effet, qui doivent être pris *secundum subjectam materiam*, se rapportent à la somme pour laquelle il peut y avoir conflit d'intérêt entre le créancier nanti et les autres créanciers. Or, cette somme est évidemment inférieure à cent cinquante francs, lorsque, soit la valeur de l'objet mis en gage, soit la créance pour laquelle le gage a été fourni, ne s'élève pas à ce chiffre. Duranton, XVIII, 511. Pont, II, 1099.

[7] L'enregistrement doit, en matière excédant cent cinquante francs, être considéré comme une formalité absolument indispensable pour l'effi-

b. L'acte instrumentaire exigé en pareil cas, doit mentionner le montant de la créance, et contenir une désignation détaillée de l'espèce et de la nature des objets remis en gage [7 *bis*], ainsi que l'indication de leur qualité, de leur poids ou de leur mesure, si cette indication est nécessaire pour en déterminer l'individualité [8]. Cette désignation peut être valablement faite dans un acte séparé, pourvu que cet acte soit également authentique ou revêtu de la formalité de l'enregistrement. Si la

cacité du droit de gage à l'égard des tiers. En l'absence de cette formalité le droit de gage ne pourrait être invoqué contre les tiers, lors même que l'acte de constitution aurait reçu date certaine par l'une des autres circonstances indiquées dans l'art. 1328 : en fait d'établissement de privilège, tout est de rigueur. Duranton, XVIII, 514. Massé, *Droit commercial*, VI, 480. Zachariæ, § 433, texte et note 5. Cpr. Civ. cass., 5 juillet 1820, Sir., 21, 1, 14. Voy. en sens contraire : Delvincourt, sur l'art. 2074; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Gage, n° 9; Valette, *op. cit.*, I, n° 49, p. 51; Troplong, n° 199 ; Bédarride, *Des faillites*, II, 904; Pont, II, 1091 ; Dijon, 18 décembre 1855, Sir., 56, 2, 353 ; Civ. rej., 18 février 1858, Sir., 58, 1, 365. [Lyon, 6 juillet 1889, Sir., 92, 2, 37.] Malgré ces imposantes autorités, nous croyons devoir maintenir notre opinion. Si, dans la pensée du législateur, la formalité de l'enregistrement avait dû pouvoir se remplacer par l'une des circonstances indiquées à l'art. 1328, il n'aurait pas eu besoin, en présence de la règle générale posée par cet article, de s'occuper spécialement de ce point dans l'art. 2074, ou tout au moins se serait-il borné, comme il l'a fait aux art. 1420, 1558, 1743, 1750 et 2102, n° 1, à exiger un acte ayant acquis date certaine.

[7 *bis*. Il suit de là que la constitution de gage qui a pour objet une créance ne saurait s'étendre, de plein droit, par une sorte de subrogation réelle, à la créance de prêt qui est née ou à la valeur mobilière qui a été acquise, en conséquence de l'affectation, par le débiteur, à ce prêt ou à cette acquisition, de la somme payée par le débiteur de la créance mise en gage. Civ. cass., 24 janvier 1905, Sir., 05, 1, 113, et la note de M. Lyon-Caen. Cpr. note 21 *ter infra*.]

[8] L'art. 2074 n'indique qu'en termes équivoques la manière dont on doit désigner les objets mis en gage. Mais l'esprit de la loi n'est pas douteux : la désignation doit être assez précise pour empêcher les fraudes qui pourraient se commettre par la substitution d'objets plus précieux, à ceux qui ont été primitivement donnés en gage. Duranton, XVIII, 521. Pont, II, 1095. Zachariæ, § 433, texte et note 6. Cpr. Paris, 8 juin 1809, Sir., 10, 2, 71 ; Req. rej., 4 mars 1811, Sir., 11, 1, 185 ; Bordeaux, 8 juin 1832 Sir., 32, 2, 655.; Paris, 26 mai, 15 juin et 7 août 1841, Dalloz, 1841, 2, 218 et 219.

désignation des objets mis en gage est complète pour quelques-uns d'entre eux, et incomplète pour les autres, le gage est efficace quant aux premiers [9]. Du reste, il n'est nécessaire d'indiquer, ni la nature de la créance pour sûreté de laquelle le gage est fourni, ni l'époque de son exigibilité, ni la forme et la date de l'acte qui la constate [10].

Les dispositions de l'art. 2074 s'appliquent à la mise en gage des effets au porteur, qui sont, à raison de leur forme, assimilables à des meubles corporels : la tradition de pareils effets, quoique suffisante pour en transférer la propriété quand elle a lieu dans cette intention, ne le serait pas pour constituer un gage efficace au regard des tiers [11].

[9] Duranton, XVIII, 521 et 522. Troplong, n° 193. Pont, II, 1096. Cpr. Req. rej., 11 août 1842, Sir., 42, 1, 925. Voy. cep. Req. rej., 4 mars 1811, Sir., 11, 1, 185.

[10] Cpr. art. 2148, n°s 3 et 4.

[11] Pardessus, *Droit commercial*, IV, 1203. Duranton, XVIII, 527. Bédarride, *Des faillites*, II, 911. Pont, II, 1118 et 1119. Civ. rej., 11 août 1847, Sir., 47, 1, 641. Civ. cass., 19 juin 1860, Sir., 60, 1, 689. Rouen, 24 janvier 1861, Sir., 62, 2, 207. [Lyon, 6 juillet 1889, Sir., 92, 2, 37.] Voy. en sens contraire : Massé, *Droit commercial*, VI, 525 ; Troplong, n° 287. Harel, *Revue de Droit français et étranger*, 1845, II, p. 284 et 285 ; Bordeaux, 17 avril 1845, Sir., 45, 2, 450 ; Paris, 8 février 1854, Sir., 54, 2, 320 ; Paris, 29 mars 1856, Sir., 56, 2, 408. On allègue à l'appui de cette dernière opinion, que la disposition de l'art. 2074 est étrangère aux valeurs au porteur, qui ne constituent pas des objets corporels, mais bien des créances. On écarte ensuite l'application de l'art. 2075, auquel, d'après cette manière de voir, ces valeurs sembleraient devoir être soumises, comme toutes autres créances, en disant que les formalités établies en matière de constitution de gage étant les mêmes que celles qui sont en général requises par l'art. 1690 pour saisir le cessionnaire à l'égard des tiers, il faut en conclure que tout mode suffisant pour transférer la propriété de telle ou telle espèce de créances, suffit également pour l'établissement d'un gage sur des créances de la même espèce. Cette argumentation se réfute dans ses deux branches, par les considérations suivantes : Si, par exception à la disposition de l'art. 1690, la seule tradition manuelle suffit pour transmettre la propriété des effets au porteur, c'est uniquement par le motif que de pareils effets pouvant et devant, à raison de leur forme, être assimilés à des meubles corporels, la règle de l'art. 2279 leur devient applicable ; et le même motif doit entraîner, pour leur mise en gage, l'application de l'art. 2074. D'un autre côté, de ce que les mêmes formalités sont requises par les art. 1690 et 2075 pour la transmission de la propriété, et pour le nantissement des créances en général, cela n'autorise

Mais il n'est pas nécessaire que l'acte constatant le nantissement soit signifié au débiteur [12].

Les formalités spéciales, requises par l'art. 2074 pour l'établissement du privilège attaché au gage, ne seraient

pas à poser en thèse, que dans les cas où ces formalités ne sont plus nécessaires pour transférer la propriété, elles cessent également d'être exigées pour la mise en gage. L'espèce d'argument *a majori ad minus*, qui sert de fondement à cette proposition, est inadmissible en présence des art. 2074 et 2279, dont la combinaison démontre que le législateur a cru, du moins en général, devoir, dans l'intérêt des tiers, se montrer plus exigeant pour la constitution de gage, que pour la transmission de propriété. Voy. au surplus la note suivante, *in fine*.

[12] Dijon, 18 décembre 1855, Sir., 56, 2, 353. [Lyon, 6 juillet 1889, Sir., 92, 2, 37.] Voy. en sens contraire : Civ. cass., 30 novembre 1864, Sir., 64, 1, 503. Cpr. aussi : Civ. cass., 19 juin 1860, Sir., 60, 1, 689. D'après le système de la Cour de cassation, la mise en gage des effets au porteur tomberait sous l'application simultanée des art. 2074 et 2075, par le motif que de pareils effets, qui sont, au point de vue de la forme, assimilables à des meubles corporels, n'en constituent pas moins, quant au fond, des créances mobilières, c'est-à-dire des objets incorporels. Mais les dispositions distributives des art. 2074 et 2075, dont l'un s'applique aux meubles corporels, et l'autre aux meubles incorporels, nous paraît condamner ce système, qui, poussé dans ses dernières conséquences, conduirait à cette conclusion inadmissible, que la propriété des effets au porteur ne se transmet au regard des tiers, comme celle de toutes autres créances mobilières, que par l'accomplissement de l'une des conditions indiquées en l'art. 1690. Voy. § 183, texte n° 3, et note 21 ; § 359 *bis*, texte n° 2, et note 25. — Quoi qu'il en soit, les controverses qui s'étaient élevées sur ce point, et sur celui qui fait l'objet de la note précédente, doivent, à notre avis, cesser, en présence des explications données dans l'*Exposé des motifs* de la loi du 23 mai 1863, qui est devenu le titre VI du livre I du Code de commerce. Pour justifier le silence gardé par cette loi sur le nantissement des valeurs au porteur, l'orateur du gouvernement disait qu'aucune disposition spéciale n'était nécessaire en ce qui les concerne, puisque de pareilles valeurs sont, au point de vue de la mise en gage, comme à celui de la transmission de la propriété, assimilables à des meubles corporels quelconques, à des lingots, à des bijoux. Voy. Sir., *Lois annotées*, 1863, p. 26, col. 3, n° III. Bien que ces explications aient eu pour but de motiver l'application de l'art. 109 du Code de commerce au gage des effets au porteur constitué en matière commerciale, il n'en ressort pas moins qu'aux yeux du législateur de 1863, de pareils effets doivent, en ce qui concerne les conditions requises pour l'efficacité du nantissement au regard des tiers, être placés sur la même ligne que les meubles corporels, et qu'ainsi ces conditions se trouvent déterminées en matière civile, non par l'art. 2075, mais bien par l'art. 2074.

pas efficacement remplacées par un acte apparent de vente, cet acte eût-il même été enregistré et suivi de tradition [13].

c. Si l'objet mis en gage consiste en une créance, le

[13] Un pareil acte n'indiquant pas le montant de la créance pour sûreté de laquelle le gage est constitué, permettrait d'étendre après coup l'exercice du privilège à des créances que le gage n'avait pas, dans l'origine, pour objet de garantir, et laisserait la porte ouverte à toutes les fraudes que doit prévenir, dans l'intérêt des créanciers, la stricte exécution de l'art. 2074. La thèse contraire est cependant enseignée par M. Troplong (nos 204 et 207), dont l'opinion a été adoptée par M. Pont (II, 1090). M. Troplong invoque, à l'appui de sa manière de voir, la jurisprudence qui reconnaît comme valables les donations déguisées sous forme de vente, et celle qui admet que le nantissement d'effets négociables peut avoir lieu par le moyen d'un simple endossement. L'induction qu'il tire de ces deux points de jurisprudence ne nous paraît pas concluante. Que l'on déclare non recevable la demande en nullité dirigée contre une donation déguisée sous forme de vente, par des tiers qui ne se plaignent d'aucune fraude commise à leur préjudice, cela se comprend, puisque la vente ayant, tout aussi bien que la donation, pour objet et pour résultat de transférer la propriété, ces tiers n'ont aucun intérêt légitime à critiquer la simulation. Mais il en est tout autrement dans le cas où une constitution de gage a été déguisée sous la forme d'une vente. En effet, la convention de gage ne doit pas, comme la vente, opérer transmission de propriété ; son objet au regard des tiers, est de constituer un droit de préférence, droit dont la loi subordonne l'établissement au concours de certaines conditions, destinées à en faciliter le contrôle à tous ceux qui pourraient avoir intérêt à le contester. En pareil cas, la simulation porte donc, par elle-même, atteinte aux garanties légales établies en faveur des autres créanciers du débiteur commun. Quant à la jurisprudence relative au nantissement d'effets négociables, jurisprudence qui depuis a été confirmée par la loi du 23 mai 1863, elle se fonde sur des raisons toutes particulières, tirées de la nature de ces effets et des règles spéciales qui les régissent. Il n'est donc pas permis de l'étendre, par voie d'analogie, à la mise en gage d'autres objets ou valeurs. Duranton, XVIII, 538. Voy. cep. Req. rej., 23 juillet 1844, Sir., 44, 1, 859 ; Req. rej., 2 juillet 1856, Sir., 57, 1, 56. [Douai, 10 juillet 1878, sous Req., 11 mars 1879, Sir., 80, 1, 53. D'ailleurs, la Cour de cassation, tout en persistant dans l'opinion à laquelle nous ne croyons pas devoir nous rallier, en atténue, selon nous, les inconvénients, en exigeant que l'acte apparent qui transfère au créancier la propriété de la chose donnée en gage, réunisse à tout le moins les conditions essentielles exigées par les art. 2073 et 2074 pour la validité du gage, notamment qu'il soit consenti par le propriétaire de la chose, et qu'il indique la somme due. Cass., 17 janvier 1876, Sir., 77, 1, 21. Cass., 9 juillet 1877, Sir., 77, 1, 369. Cpr. Caen (mêmes parties), 7 février 1878, Sir., 79, 2, 6. Cpr. la note 21 *infra*.]

contrat doit, non seulement être constaté par un acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré, mais encore être signifié au débiteur de la créance donnée en gage ; et cette double formalité est requise, alors même que la valeur de la créance donnée en gage et celle de l'obligation pour sûreté de laquelle elle a été engagée, ne dépassent pas cent cinquante francs [14]. Art. 2075.

L'acceptation du nantissement faite, dans un acte authentique, par le débiteur de la créance mise en gage, équivaut à la signification prescrite par l'art. 2075 [15].

Cette signification peut, en cas de faillite, avoir lieu valablement, même au regard des créanciers du failli, après la cessation de paiements [16]. Il suffit qu'elle soit faite avant le jugement déclaratif de faillite.

Les dispositions de l'art. 2075 s'appliquent, non seulement aux créances mobilières proprement dites, mais à tous les meubles incorporels, à cette différence près cependant, que la formalité de la signification au débiteur, strictement requise quand l'objet mis en gage consiste en un droit personnel, en un droit de bail par exemple [17], est, par la force même des choses, étrangère à l'hypothèse où le nantissement porte sur un droit réel, tel qu'un usufruit mobilier, un brevet d'invention [18],

[14] Duranton, XVIII, 524. Troplong, n° 267.

[15] Arg. art. 1690, al. 2. Duranton, *loc. cit.* Valette, *op. cit.*, I, n° 49, p. 52. Pont, II, 1106. [Civ. cass., 24 janvier 1905, Sir., 05, 1, 113, et la note de M. Lyon-Caen. Civ. rej., 27 janvier 1908, Sir., 10, 1, 537, note Naquet.] Cpr. Req. rej., 11 août 1869, Sir., 69, 1, 397. [Paris, 18 août 1881, Sir., 82, 2, 25 (note Lyon-Caen).]

[16] Cpr. § 359 *bis*, texte n° 1, notes 15 à 17. Renouard, *Des faillites*, I, p. 302 et 303. Esnault, *Des faillites*, I, 202. Bédarride, *Des faillites*, I, 113 *quater*. Alauzet, *Droit commercial*, IV, 1696. Pont, II, 1112. Civ. cass., 4 janvier 1847, Sir., 47, 1, 175. Nimes, 22 juin 1847, Sir., 48, 2, 37 ; Req. rej., 19 juin 1848, Sir., 48, 1, 465. Voy. en sens contraire : Massé, *Droit commercial*, VI, 518. Troplong, n°s 376 et suiv.

[17] Pont, II, 1133. [Req. 13 mars 1888, Sir., 88, 1, 302. Paris, 18 août 1881, Sir., 82, 2, 25 (note approbative Lyon-Caen). Cet arrêt vise le cas d'une part d'associé. L'arrêt de la chambre des requêtes vise le cas d'un fonds de commerce, ramené exclusivement à un meuble incorporel.] Voy. aussi, en ce sens, les arrêts cités à la note 4 *supra*.

[18] Pont, II, 1107. Paris, 20 août 1865, Sir., 65, 2, 24.

[ou une part d'intérêt, non individualisée par un titre négociable, dans une société non encore dissoute [18] *bis*].

Du reste, l'application de l'art. 2075 est indépendante de la nature, civile ou commerciale, de la créance pour sûreté de laquelle le gage est constitué. Mais les dispositions de cet article cessent d'être applicables au nantissement des titres qui, créés sous une forme commerciale, sont, ou négociables par la voie de l'endossement, ou transmissibles par voie de transfert sur les registres d'une société commerciale ou civile [19].

[Depuis la loi du 1er mars 1898, remplacée aujourd'hui par celle du 17 mars 1909, la mise en gage d'un fonds de commerce, existant réellement à ladite date [19] *bis*, doit être inscrite, à peine de nullité vis-à-vis des tiers [19] *ter*, sur un registre public, tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel ledit fonds est exploité. Art. 2075 nouveau, 2e alinéa. Cette formalité remplaçait, selon nous, sous le régime de la loi de 1898, pour la mise en gage des fonds de commerce, celles que prévoit le même art. 2075, 1er alinéa, pour les meubles incorporels en général [19] *quater*. Et cette formalité était à la fois

[18] *bis*. Civ. cass., 27 déc. 1904, Sir., 06, 1, 393 (sol. implic., note critique de M. Naquet). La solution changerait-elle, si la société était dissoute, et qu'avant tout partage de l'actif, elle cédât son actif global à un tiers, de telle sorte que le droit des associés ne portât plus désormais que sur une fraction du prix d'acquisition dudit actif global? La Cour de cassation l'a admis, par l'arrêt précité : elle a exigé l'application de l'art. 2075 dans une hypothèse où la constitution de gage était antérieure à la dissolution de la société, antérieure, à plus forte raison, à la cession de son actif global à un tiers. Voy. sur ce point les critiques de M. Naquet, les conditions de validité d'une opération quelconque étant déterminées à raison de l'état des faits contemporains de sa réalisation.]

[19] Ces deux propositions, qui renferment l'analyse des al. 2 et 3 du nouvel art. 91 du Code de commerce, tel qu'il a été modifié par la loi du 23 mai 1863, seront développées au paragraphe suivant.

[19 *bis*. Voy. la note 4 *quater*.]

[19 *ter*. C'est la formule de la cour de Rennes, arrêt du 26 juin 1902, Sir., 04, 2, 1. L'inscription n'est pas nécessaire entre les parties. Voy. la note de M. Wahl sous l'arrêt).]

[19 *quater*. Voy. en ce sens Rouen, 25 juillet 1900, Sir., 01, 2, 153. Trib. comm. du Havre, 30 mai 1899, Sir., 01, 2, 153. Rouen, 2 janvier 1901. Sir, 02, 2, 129. Besançon, 20 mars 1901, Sir., 02, 2, 93. Bourges,

nécessaire et suffisante pour le nantissement du fonds de commerce et des objets matériels qui en dépendaient, sans qu'il fût nécessaire qu'ils en dépendissent seulement à titre d'accessoire du droit au bail et de l'achalandage [19] *quinquies*, à l'exception toutefois de ceux de ces objets matériels qui avaient été distraits du fonds de commerce avant toute inscription du nantissement dudit fonds [19] *sexies*. La loi du 17 mars 1909 a sanctionné le principe de cette jurisprudence, en dégageant le nantissement du fonds de commerce, d'ailleurs défini comme il a été dit plus haut, de toute formalité autre que la rédaction d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé, dûment enregistré, et l'inscription de cet acte,

29 avril 1901, Sir., 02, 2, 273. Dijon, 17 mai 1901, Sir., 04, 2, 6. Caen, 29 juin 1901, Sir., 02, 2, 198. Orléans, 6 nov. 1901, sous Cass., 24 juin 1903, Sir., 04, 1, 220. Rouen, 20 nov. 1901, Sir., 02, 2, 129. Dijon, 26 nov. 1901, Sir., 02, 2, 33. Rennes, 26 juin 1902, Sir., 04, 2, 1 (note Wahl). Rouen, 8 juillet 1903, Sir., 05, 2, 153, Civ. rej., 5 janvier 1904, Sir., 04, 1, 223 Civ. cass., 31 octobre 1906, Sir., 07, 1, 24 (arrêt de principe). Voy. encore comm. Rouen, 13 juillet 1900, Sir., 01, 2, 177 (note Wahl). Rouen, 11 déc. 1901, Sir., 04, 2, 225 (note Wahl). — Voy. pour le régime antérieur à la loi du 1er mars 1898, Paris, 26 février 1895, Lyon, 14 mars 1895, Sir., 97, 2, 89, qui exigent la signification du nantissement au bailleur. Voy. sous le régime de la loi du 1er mars 1898, en sens contraire de la solution donnée au texte, Paris, 14 mars 1900 et Paris, 1er août 1900, Sir., 01, 2, 153, (note Wahl), qui exigent la remise au créancier gagiste du bail du local occupé, et de l'acte de vente du fonds. Voy. aussi en ce sens Rennes, 27 juin 1901, Sir., 02, 2, 33. — L'arrêt précité de Paris, 1er août 1900, exige la signification au débiteur de la chose engagée.]

[19 *quinquies*. Voy. en ce sens : Besançon, 20 mars 1901, Sir., 02, 2, 93 (même si les objets corporels sont plus importants). Caen, 29 juin 1901, Sir., 02, 2, 198. Dijon, 17 mai 1901, Sir., 04, 2, 6. Rouen, 11 déc. 1901, Sir., 04, 2, 225 (note Wahl). Montpellier, 29 nov. 1901, Sir, 02, 2, 36. Orléans, 11 juillet 1902, sous Cass., 5 janvier 1904, Sir., 04, 1, 223, et l'arrêt même de cassation. Aix, 25 octobre 1905, Sir., 06, 2, 72. — Ces trois derniers arrêts paraissent exiger une mention *expresse* des objets corporels. Cass., 31 octobre 1906, Sir., 07, 1, 24 (marchandises lors du nantissement et même depuis le nantissement). Voy. en sens contraire : com. Havre, 30 mai 1899, Sir., 01, 2, 153 (qui n'admet la formule du texte que pour l'outillage, mais non pas pour les marchandises). Amiens, 7 juillet 1900, Sir., 01, 2, 153 (note Wahl). Aix, 27 avril 1903, Sir., 05, 2, 289 (note Wahl), qui applique la doctrine du trib. du Havre.]

[19 *sexies*. Paris, 28 déc. 1909, Sir., 10, 2, 169.]

tant au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds de commerce est exploité qu'au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel est située chacune des succursales comprises dans le nantissement. Art. 1, 1°, et art. 10 de la loi de 1909. L'inscription susvisée, qui ne supposait ni la transcription sur le registre du greffe ni surtout le dépôt au greffe de l'acte de nantissement [19] *septies*, ne devait contenir que les mentions nécessaires pour établir l'identité du fonds de commerce donné en gage, de telle sorte qu'aucune confusion ne pût avoir lieu, au préjudice des tiers, entre ce fonds et un autre [19] *octies*. Elle ne contenait donc ni l'indication du montant de la créance [19] *nonies*, ni celle de son exigibilité [19] *decies*. La loi du 17 mars 1909 détaille au contraire les éléments de l'inscription, qui doit comprendre : 1° les noms, prénoms, domicile du créancier et du débiteur, et, s'il y a lieu, leur profession ; 2° la date et la nature du titre d'où résulte la créance garantie ; 3° le montant de la créance et les conditions relatives tant aux intérêts qu'à l'exigibilité ; 4° la désignation du fonds de commerce et de ses succursales, s'il y a lieu, avec indication précise des éléments qui le constituent et sur lesquels porte le nantissement ; 5° élection de domicile du créancier gagiste dans le ressort du tribunal de la situation du fonds ; 6° des dispositions particulières sont prises quant à la publicité du nantissement, s'il comprend des marques, dessins, modèles, brevets d'invention ou licences. Loi du 17 mars 1909, art. 24. Cette inscription présentait, sous le régime de la loi du 1er mars 1898, quant à la détermination de la

[19 *septies*. Com. Rouen, 13 juillet 1900, Sir., 01, 2, 177.]

[19 *octies*. Com. Seine, 17 juin 1905, Sir., 05, 2, 285. (Difficultés relatives au transfert dans un autre local du fonds de commerce mis en gage dans un local primitif. Le nantissement disparaît, lorsque l'inscription porte *expressément* que le fonds de commerce est situé telle rue, tel n°, et qu'il est transféré ailleurs. La loi de 1909, art. 13, contient là-dessus des dispositions qui seront analysées ci-dessous.]

[19 *nonies*. Com. Rouen, 13 juillet 1900, Sir., 01, 2, 177. Rennes, 27 janvier 1901, Sir., 02, 2, 33. Rouen, 20 nov. 1901, Sir., 02, 2, 129.]

[19 *decies*. Paris, 8 juillet 1905, Sir., 05, 2, 266.]

date à laquelle elle pouvait être prise, et de la date après laquelle elle ne pouvait plus l'être, tous les caractères de l'inscription hypothécaire [19] *undecies*. Mais, aux termes de l'art. 11 de la loi du 17 mars 1909, cette proposition n'est plus exacte. L'inscription doit être prise, à peine de nullité du nantissement, dans la quinzaine de la date de l'acte constitutif. D'autre part, en cas de faillite ou de liquidation judiciaire du débiteur, il est fait application audit nantissement des art. 446, 447 et 448 du Code de Commerce [19] *duodecies*. Sous le régime de la loi de 1898, elle pouvait garantir, si mention spéciale en était faite, les intérêts et accessoires de la créance garantie [19] *tredecies*. Elle ne garantit plus, aujourd'hui, de plein droit, au même rang que le principal, que deux années d'intérêts. D'autre part, le privilège du gagiste n'existe lui-même, pour le principal, que pendant cinq ans, sauf renouvellement. Loi du 17 mars 1909, art. 28. Enfin, la loi de 1898 n'ayant édicté aucune disposition concernant la mainlevée de l'inscription, aucune obligation particulière n'incombait, de ce chef, au greffier qui l'avait reçue [19] *quatuordecies*. La loi de 1909 contient au contraire des dispositions étendues sur la radiation totale ou partielle, volontairement consentie ou judiciairement ordonnée, de l'inscription; pareillement, sur la publicité des inscriptions antérieures et des subrogations à l'inscription dont s'agit; enfin, sur les obligations des greffiers tant en ce qui concerne les

[19 *undecies*. Dijon, 17 mai 1901, Sir., 04, 2, 6. Rennes, 26 juin 1902, Sir., 04, 2, 1 (note Wahl).]

[19 *duodecies*. On s'est demandé si l'art. 2146 du Code civil, en tant qu'il vise le cas d'acceptation bénéficiaire de la succession du débiteur, s'appliquerait encore à l'inscription du nantissement, comme il s'y appliquait sous le régime de la loi du 1er mars 1898. L'art 11 de la loi de 1909 ne le mentionne pas, et il semble bien, si l'on rapproche cet art. 11 de l'art. 2, 1er alinéa *in fine*, qu'il y ait là une exclusion et non pas un oubli. Cpr. Sirey, *Lois annotées*, 1906-1910, p. 862, note 51.]

[19 *tredecies*. Rouen, 11 déc. 1901. Sir., 04, 2, 225 (note Wahl). *Quid*, en l'absence de ladite mention? Voy. la note de M. Wahl.]

[19 *quatuordecies*. Nancy, 26 octobre 1901, Sir., 02, 2, 121, note critique Wahl.)]

actes et opérations dont il vient d'être parlé, qu'en ce qui concerne la délivrance à tout requérant de l'état des inscriptions existantes, avec les mentions qui en modifient l'effet. Loi de 1909, art. 26, 29 à 33.]

[Le nantissement du fonds de commerce, le renouvellement et la radiation de l'inscription du privilège du créancier gagiste doivent être mentionnés sur le registre de commerce établi par la loi du 18 mars 1919. L'inscription des dits actes est opérée d'office par le greffier. Loi du 18 mars 1919, art. 5, 4°, et *in fine*.]

d. Il faut [enfin, au moins vis-à-vis des tiers [19] *quindecies*] que le créancier, ou le tiers convenu entre lui et le débiteur, ait été mis et qu'il continue [[19] *sexdecies*] à rester en possession de l'objet corporel donné en gage [[19] *septemdecies*] et, s'il s'agit d'une créance ou de tout autre objet incorporel, [même d'un titre de rente sur l'État [19] *octodecies*, mais cependant à l'exception des fonds de commerce [19] *novemdecies*], de l'acte qui en établit

[[19] *quindecies*. La chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 18 mai 1898, Sir., 98, 1, 433, note critique Lyon-Caen, décide au contraire que la condition de la mise en possession du créancier est essentielle à l'existence du contrat de gage, même dans les rapports du créancier gagiste et du débiteur. La raison en est, d'après elle, que le contrat de gage est un contrat qui se forme *re*, que la *res* est ici la chose engagée, qu'il suit de là que la mise en possession du créancier est un élément essentiel de la formation du contrat, même dans les rapports des parties entre elles. Nous pensons, avec M. Lyon-Caen, que la Chambre civile a tiré de prémisses justes une conclusion inexacte. Le caractère de contrat réel du contrat de gage ne conduit pas à considérer la mise en possession du créancier comme un élément essentiel de sa formation. Cpr. Douai, 26 janvier 1893, Sir., 93, 2, 233. Voy. sur le principe que le contrat de gage se forme *re*, § 431, note 2 *bis*.]

[[19] *sexdecies*. Voy. comme application, pour les meubles corporels, Rouen, 7 juin 1875, Sir., 76, 2, 38. Civ. rej., 25 nov. 1891, Sir., 93, 1, 465, Douai, 26 janvier 1893, Sir., 93, 2, 233. Voy. pour les meubles incorporels, Req. 18 octobre 1898, Sir., 99, 1, 172. Dijon, 10 février 1902, Sir., 04, 2, 95. Voy. enfin, pour l'hypothèse du nantissement d'un fonds de commerce, avant la loi du 1er mars 1898, Paris, 26 février 1895, Sir., 97, 2, 89.]

[[19] *septemdecies*. Voy. not. Cass., 11 mars 1879, Sir., 80, 1, 53.]

[[19] *octodecies*. Paris, 26 janvier 1894, Sir., 94, 2, 93.]

[[19] *novemdecies*. La possession n'est pas exigée, depuis la loi du 1er mars 1898. Rouen, 25 juillet 1900, Sir., 01, 2, 153. Bourges, 29 avril 1901, Sir.,

l'existence [20]. Art. 2076. Cette possession doit être une possession réelle dans le sens de l'art. 1141 [21]. [Elle doit

02, 2, 273. Dijon, 26 nov. 1901, Sir., 02, 2, 33. Rennes, 26 juin 1902, Sir., 04, 2, 1. Paris, 18 mars 1903, Sir., 05, 2, 289 (même pour les éléments corporels du fonds). Voy. en sens contraire Montpellier, 18 mai 1901, Sir., 05, 2, 225 (note Wahl). Depuis la loi de 1909, la question ne se pose plus.]

[20] Duranton, XVIII, 525. Favard, *Rép.*, v° Nantissement, § 1, n° 4, Troplong, n° 277. Valette, *op. cit.*, I, n° 49, p. 52 et 53. Pont, II, 1181. Liége, 15 mai 1810, Sir., 11, 2, 54. Lyon, 31 janvier 1839, Sir., 39, 2, 537. Aix, 21 juillet 1842, Sir., 43, 2, 199 ; Req. rej, 11 juin 1846, Sir., 46, 1, 444. Rouen, 24 juin 1847, Sir., 49, 2, 25. [Req. 13 mars 1888, Sir., 88, 1, 302. Voy. en particulier pour la police d'assurance-vie, Aix, 16 mai 1871, Sir., 72, 2, 65.] — Il résulte de là qu'une créance, qui n'est pas constatée par un acte écrit, ne peut, quoique susceptible de cession, être valablement donnée en gage. Troplong, n° 278. Pont, II, 1132. Lyon, 31 janvier 1839, Sir., 39, 3, 537. [Il en serait de même des droits successifs d'un héritier *ab intestat* sur des meubles. Cpr. en ce sens la note de M. Lyon-Caen sous Civ. cass., 19 février 1894, Sir., 94, 1, 273. Voy. pour une hypothèse plus complexe (question de savoir si un extrait de l'état liquidatif dont ressortira, après apurement du compte, une créance non liquide, dont l'existence n'est même pas encore démontrée, constitue un titre suffisant pour la mise en possession du créancier gagiste : Civ. rej., 27 janvier 1908, Sir., 10, 1, 537 et la note de M. Naquet). D'autre part, dans le cas où l'objet incorporel mis en gage est constaté par un acte authentique, la remise de la grosse n'est pas nécessaire : celle de l'expédition suffit. Req. 13 mars 1888, Sir., 88, 1, 302. Civ. rej., 20 janvier 1886, Sir., 86, 1, 305, et la note de M. Lyon-Caen.]

[21] Voy. à cet égard les développements donnés au § 354, texte et notes 2 à 10. — Cpr. spécialement sur la mise en possession du créancier gagiste, opérée au moyen de la remise des clefs des bâtiments renfermant les objets engagés : Aix, 20 février 1840, Sir., 50, 2, 570 ; Req. rej., 11 août 1842, Sir., 42, 1, 925. [Cour de la Martinique, 4 mars 1868, sous Cass., 20 juillet 1871, Sir., 71, 1, 41. Bordeaux, 26 mai 1873, Sir., 74, 2, 5. Cass., 19 mars 1878, Sir., 78, 1, 261. Cass., 28 mai 1910, Sir., 10, 1, 488.] Cpr. aussi Code de commerce, art. 92, al. 2. — [Il se pourrait, d'ailleurs, qu'à raison de la nature exceptionnelle du meuble corporel donné en gage, par exemple un bateau à vapeur, la tradition exigée par l'art. 2076 pût résulter d'autres circonstances que de l'appréhension matérielle de l'objet par le créancier. Encore faudrait-il que la mise en possession de celui-ci fût un fait apparent d'une notoriété suffisante pour avertir les tiers du dessaisissement du débiteur. Cpr. Req., 29 déc. 1875, Sir., 76, 1, 109. Pour ces sortes de meubles, qu'il est possible d'autre part d'hypothéquer (lois du 10 déc. 1874 et du 10 juillet 1885 pour les navires, loi de 1918 pour les bateaux de navigation fluviale), on admet que la mise en gage reste possible à côté et indépendamment de la constitution d'hypothèque

impliquer un fait apparent, de nature à avertir les tiers que le débiteur est dessaisi, et que l'objet engagé ne fait plus partie de son patrimoine [21 *bis*]. La substitution d'un objet nouveau à l'objet engagé, même si elle résultait de la transformation nécessaire de ce dernier, mettrait nécessairement fin à la possession, et par conséquent, au privilège du créancier gagiste, qui ne saurait s'étendre

(Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, III, n° 279 *bis*, et VI, n° 1611), et par conséquent la question de savoir comment la condition de mise en possession du créancier gagiste peut se réaliser, continue à se poser. Voy. sur ce point. Civ. cass., 9 juillet 1877, Sir., 77, 1, 369. Caen (mêmes parties), 7 février 1878, Sir., 79, 2, 6. Cpr. sur ces deux arrêts, la note 13 *in fine*. Pau, 24 mars 1884, Sir., 85, 2, 132. Req. (mêmes parties), 11 février 1885, Sir., 86, 1, 117. On écarte d'ailleurs les difficultés spéciales qui se posent, dans cet ordre d'idées, sur le terrain du conflit des lois. Voy. Caen, 12 juillet 1870, Sir., 71, 2, 57, et la note de M. Labbé. Req. 19 mars 1872, Sir., 72, 1, 238. — D'autre part, en ce qui concerne les œuvres de l'esprit qui se réalisent par l'impression, la gravure, ou tout autre procédé analogue, la Cour de Paris a jugé le 15 janvier 1874, Sir., 76, 2, 10, que la remise au créancier des planches, pierres lithographiques ou autres moyens matériels de reproduction, a pour effet, toutes choses égales d'ailleurs, de lui assurer un droit de gage tant sur l'objet matériel remis que sur le droit de propriété ou l'œuvre intellectuelle ainsi reproduite. Voy. en ce sens De Loynes, I, n° 79. Pouillet, *Propriété littéraire et artistique*, n° 198.]

[21 *bis*. Cass., 19 février 1894, Sir., 94, 1, 273 (note Lyon-Caen). Cpr. d'ailleurs, sur les pouvoirs souverains du juge du fait en cette matière. Cass., 24 janvier 1905, Sir., 05.1, 113, et la note de M. Lyon-Caen. Req., 28 mai 1910, Sir., 10, 1, 488. — En particulier, la possession par un tiers convenu de l'objet mis en gage ne réalise les conditions de l'art. 2076 que si ce tiers détient cet objet au nom et pour le compte du créancier gagiste, d'où il suit que s'il était déjà, antérieurement à la constitution de gage, dépositaire de l'objet engagé, il ne suffirait pas, pour intervertir le titre de sa détention originaire, que le créancier gagiste se bornât à lui notifier, en sa qualité de tiers convenu, le contrat de nantissement. Civ. rej., 3 août 1896, Sir., 97, 1, 8, sur Paris, 26 janvier 1893, Sir., 94, 2, 93. Voy. encore, pour la mise en gage de la nue-propriété de titres nominatifs, l'usufruitier jouant le rôle de tiers convenu : Besançon, 18 déc. 1895, Sir., 96, 2, 71. Cpr. sur cette dernière hypothèse, pour sa possibilité, § 433, note 5 *ter*. Voy. encore, dans un ordre d'idées différent : Cass., 25 nov. 1891, Sir., 93, 1, 465. Des difficultés spéciales peuvent s'élever lorsque le créancier prétend faire résulter la mise en possession du transfert à son nom sur les registres de la douane, des marchandises renfermées dans les magasins de son débiteur, et que ces marchandises sont des produits en cours de fabrication. Req., 28 avril 1884, Sir., 86, 1, 116. Voy. la note suivante.]

de plein droit à l'objet nouveau qui provient de l'ancien et qui le remplace [21] *ter.*]

[La mise en possession est efficace, à l'égard des tiers, tant qu'une mainmise ou intervention de leur part n'est pas venue mettre obstacle à la perfection du contrat, et, à l'égard du débiteur, de quelque manière que le créancier ait été mis en possession, pourvu, d'ailleurs, que cette possession soit accompagnée de bonne foi, et de tous les caractères qui en justifient la loyauté [21] *quater*].

Il n'est pas exigé, au cas de mise en gage d'une créance, que la remise du titre soit accompagnée d'un acte qui la constate [22], et, au cas de nantissement donné sur un droit de bail, que le créancier soit mis en possession des lieux loués [23].

Lorsque l'objet sur lequel le gage a été constitué n'a pas été remis au créancier lui-même, il ne suffit pas qu'il se trouve de fait entre les mains d'un tiers, il faut que celui-ci ait reçu, de la part des deux parties, la mission de le garder dans l'intérêt du créancier [24]. Mais il n'est pas nécessaire que la reconnaissance par le tiers de la réception du gage, soit constatée au moyen d'un acte ayant acquis date certaine avant toute contestation sur l'efficacité du nantissement [25]. [Toutefois, le créancier peut exiger, si le nantissement a pour objet un titre nominatif de rente sur l'État, que mention soit faite de

[21 *ter.* Civ. cass., 24 janvier 1905, Sir., 05, 1, 113, et la note de M. Lyon-Caen, qui substitue aux motifs un peu sommaires de la Chambre civile sur ce point, une argumentation essentiellement fondée sur le caractère exceptionnel de la subrogation réelle dans notre droit. Voy. § 575, texte et note 12. Cpr. note 7 *bis supra.*]

[21 *quater.* Cass., 23 déc. 1879, Sir., 81, 1, 149 (dessaisissement d'un premier créancier gagiste au profit d'un second.)]

22 Req. rej., 19 juin 1848, Sir., 48, 1, 465. [Cpr. en matière d'assurance vie, Aix, 16 mai 1871, Sir., 72, 2, 65.]

23 Voy. les arrêts cités à la note 4 *supra.*

24 Zachariæ, § 433, texte *in fine*, et note 9. Paris, 12 janvier 1846, Sir., 50, 2, 566. Cpr. Toulouse, 16 juin 1831, Sir., 32, 2, 396. Paris, 15 novembre, 1850, Sir., 50, 3, 567. [Douai, 12 déc. 1874, sous Cass., 29 juillet 1875, Sir. 76, 1, 49, note Labbé. Req. 20 mars 1878, Sir., 79, 1, 202. Req. 13 mai 1878, Sir., 79, 1, 203.] Voy. cep. Rouen, 14 juin 1847, Sir., 49, 2, 25.

25 Pont, II, 1138. Paris, 4 décembre 1847, Sir., 48, 2, 285.

l'affectation de ce titre à la garantie de sa créance[25] *bis.*]

Le créancier qui aurait remis l'objet engagé à un tiers, par suite d'une convention qui obligeait ce dernier à le lui restituer, devrait être considéré comme ayant continué à le posséder. Il en serait de même, si le créancier avait perdu cet objet, ou qu'il lui eût été volé [26]. Arg. art. 2279 et 2280.

Du reste, les dispositions de l'art. 2076 reçoivent leur application en matière commerciale, aussi bien qu'en matière civile [27].

§ 433.

Des cas exceptionnels dans lesquels les dispositions des art. 2074 *et* 2075 *se trouvent écartées ou modifiées.*

Aux termes de l'art. 2084, les dispositions du chapitre Ier du titre *Du nantissement*, et spécialement celles des art. 2074 et 2075, ne sont applicables, ni aux matières de commerce, ni aux maisons de prêts sur gage autorisées (*monts-de-piété*), à l'égard desquelles on suit les lois et les règlements qui les concernent [1].

[25] *bis.* Paris, 21 mars 1889, Sir., 91, 2, 134.]

[26] Persil, *Des privilèges et hypothèques*, sur l'art. 2102, § 2, n°1. Valette, *op. cit.*, I, n° 49, p. 49. Duranton, XVIII, 529. Taulier, VII, p. 90. Pont, II, 1137.

[27] C'est ce qui résulte du nouvel art. 92 du Code de commerce, tel qu'il a été modifié par la loi du 23 mai 1862. Pont, II, 1129. [Voy. comme application Douai, 12 déc. 1874; sous Cass., 29 juillet 1875, Sir., 76, 1, 49, note Labbé (constitution de gage par l'acheteur de marchandises pour lui expédiées à un entrepositaire et non payées, au profit d'un tiers, nanti desdites marchandises par le seul *récépissé* de l'expéditeur. Voy. sur ce dernier point la note Labbé.]

[1] La rédaction de l'art. 2084 est parfaitement exacte quant aux monts-de-piété, qui sont exclusivement régis par les règlements faits pour chacun d'eux, en vertu de la loi du 16 pluviôse an XII, et du décret du 24 messidor de la même année ; mais elle est évidemment trop large en ce qui concerne les matières de commerce, auxquelles s'appliquent en général, et sauf les exceptions ou modifications résultant des lois commerciales, les dispositions du chapitre I du titre *Du nantissement*. Voy. § 20, texte et note 4, § 434, texte n° 2 et note 11. Civ. rej., 27 novembre 1865, Sir., 66, 1, 60.

La première de ces exceptions, dont la jurisprudence antérieure à la loi du 23 mai 1863, avait, avec raison selon nous, restreint la portée au privilège établi par l'ancien art. 93 du Code de commerce, pour les avances faites sur consignation de marchandises expédiées de place en place [2], et au nantissement des effets négociables, qui se constituait, même à l'égard des tiers, par le moyen d'un simple endossement[3], a été notablement développée par la loi précitée. [D'autre part, la loi du 1er mars 1898, remplacée aujourd'hui par celle du 17 mars 1909, a réglementé spécialement la mise en gage des fonds de commerce [3 *bis*.]

D'un autre côté, certains établissements ont été, à l'instar des monts-de-piété, autorisés à prêter sur gage, sans être obligés de remplir, pour rendre le nantissement efficace à l'égard des tiers, les formalités prescrites par les art. 2074 et 2075.

Enfin, le nantissement des marchandises déposées dans des magasins généraux, a été également dispensé de l'observation de ces formalités.

1° De la constitution du gage en matière commerciale.

Les modifications apportées, par la loi du 23 mai 1863, aux dispositions des art. 2074 et 2075, sont de deux sortes : les unes se trouvent attachées à la nature commerciale de la créance pour sûreté de laquelle le gage est

[2] Voy. ancien art. 95 du Code de commerce ; Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, II, 404 et suiv. ; Troplong, nos 157 à 184, et les divers arrêts cités par ce dernier auteur.

[3] Cette exception avait été admise comme découlant de la combinaison des art. 2084 du Code civil et 136 du Code de commerce. Massé, *Droit commercial*, VI, 521 et suiv. Troplong, n° 283 et suiv. ; Req. rej., 17 mars 1829, Sir., 29, 1, 241. Rouen, 29 avril 1837, Sir., 37, 2, 375. Civ. cass., 6 août 1845, Sir., 45, 1, 561 ; Req. rej., 18 juillet 1848, Sir., 48, 1, 609. Voy. cep. en sens contraire : Lyon, 12 juillet 1849, Sir., 49, 2, 703. Amiens, 2 mars 1861, Sir., 61, 2, 158.

[3 *bis*. J'ai préféré m'expliquer sur cette matière aux §§ 432 et 434, l'exposé des dérogations apportées, en pareil cas, aux règles de droit commun des art. 2057 et 2076 m'ayant paru, sous cette forme, tout à la fois plus clair et d'un intérêt plus direct pour l'étude du droit civil.]

constitué ; les autres, à la forme commerciale du titre donné en nantissement.

a. Suivant le premier alinéa du nouvel art. 91 du Code de commerce, le gage constitué, soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant, pour un acte de commerce, se constate à l'égard des tiers, comme à l'égard des parties contractantes, conformément aux dispositions de l'art. 109 du Code de commerce.

Il résulte de cette disposition qu'en matière commerciale, la constitution du gage n'est soumise, en ce qui concerne du moins les meubles corporels [4], à aucune formalité ; et que, d'un autre côté, la preuve peut s'en faire par tous les moyens indiqués en l'art. 109 du Code de commerce, [notamment par la correspondance des parties [4] *bis*, et] même par témoins, si le tribunal le juge convenable [[4] *ter*].

Il en résulte également que le gage est à considérer comme constitué en matière commerciale, lorsqu'il l'a été pour sûreté des obligations contractées par un acte de commerce, peu importe que cet acte émane d'un commerçant ou d'un non-commerçant ; et qu'à l'inverse, le gage, bien que constitué par un commerçant, n'est plus commercial, lorsqu'il n'a pas été donné pour un acte de commerce [5]. Il est toutefois à remarquer, que toutes les obligations contractées par un commerçant sont censées l'avoir été dans l'intérêt et pour les besoins de son commerce, tant que le contraire n'est pas établi.

b. Lorsque l'objet qui doit être mis en gage, est un

[4] Au nombre des meubles corporels, nous plaçons, bien entendu, les valeurs au porteur. Cpr. § 432, texte et note 12. Quant aux meubles incorporels, voy. texte n° 1, lett. *b*, *infra*.

[[4] *bis*. Req. 13 mai 1878, Sir., 79, 1, 203. Req. 13 août 1879, Sir., 81, 1, 157. Civ., rej., 18 mai 1886, Sir., 89, 1, 411.]

[[4] *ter*. Voy. comme application Cass., 9 janvier 1905, Sir., 07, 1, 115.]

[5] Il ressort de la ponctuation du premier alinéa de l'art. 91 du Code de commerce, que les mots *pour un acte de commerce* se rapportent tout aussi bien au cas où le gage a été constitué par un commerçant qu'à celui où il l'a été par un individu non commerçant. Il n'y avait pas de motifs pour soustraire à l'application de l'art. 2074, le gage établi par un commerçant, pour sûreté d'un engagement rentrant dans la classe des actes civils.

effet négociable ou à ordre, le nantissement peut s'en établir, d'une manière efficace, même à l'égard des tiers, sans accomplissement des formalités prescrites par l'art. 2075, au moyen d'un endossement régulier, indiquant que cet effet a été remis à titre de garantie [5 *bis*]. Code de Commerce, art. 91, al. 2. [Il y a plus : la mise en gage desdites valeurs peut s'établir encore, même vis-à-vis des tiers, par tous les modes de preuve admis par l'art. 109 du Code de Commerce 5 *ter.*]

De même, les actions, les parts d'intérêts, les obligations nominatives, des sociétés financières, industrielles, commerciales ou civiles, dont la transmission s'opère par un transfert sur les registres de la société, peuvent être efficacement mises en gage, sans observation des formalités indiquées en l'art. 2075, au moyen d'un transfert à titre de garantie, sur lesdits registres. Code de commerce, art. 91, al. 3. [Il y a plus : la mise en gage desdites valeurs peut s'établir encore, même vis-à-vis des tiers, par tout autre mode de preuve admis par l'art. 109 du Code de commerce 5 *quater.*]

[5 *bis.* Voy. comme application, pour une police d'assurance vie. Req., 18 avril 1894, Sir., 95, 1, 238, l'endossement, expressément fait à titre de garantie, révélant, par lui-même, la constitution du gage.]

[5 *ter.* Req. 12 mars 1879, Sir., 80, 1, 113, note critique Lyon-Caen. Cette solution doit être rapprochée de celle que nous formulons texte et note 5 *quater infra*, en matière de titres nominatifs, et sur laquelle l'opinion de l'éminent jurisconsulte que nous venons de citer s'est modifiée. Voy. dans le même sens, en matière d'assurance-vie, Dijon, 3 avril 1874, Sir. 76, 2, 319.]

[5 *quater.* Paris, 28 nov. 1878, Sir., 79, 2, 129, note critique Lyon-Caen, (Cpr. Lyon-Caen et Renault, III[4], n° 277). Douai, 12 mars 1891, Sir., 93, 2, 118. Civ. rej., 14 mars 1910, Sir., 10, 1, 281, et la note approbative de M. Lyon-Caen, qui reconnaît, en définitive, que la distinction du gage commercial sur meubles corporels, et du gage commercial sur meubles incorporels, qui seule justifierait le caractère limitatif de l'art. 2075 et de l'art. 91, al. 3, a été abandonnée par le législateur de 1863. — Nous n'appliquerions d'ailleurs pas la règle formulée au texte aux titres nominatifs de rentes sur l'État. Ces titres, selon nous, ne peuvent être valablement mis en gage que par un transfert de garantie. Cpr. cep. Paris, 26 janvier 1894, Sir., 94, 2, 93. Paris, 11 juillet 1900, Sir., 03, 2, 153, note Wahl. Voy. dans le sens de l'opinion formulée au texte, la fin de la note de M. Lyon-Caen, sous Civ. rej., 14 mars 1910, Sir., 10, 1, 281.]

L'application des al. 2 et 3 de l'art. 91 est indépendante, et de la qualité de commerçant ou de non-commerçant de celui qui constitue le gage, et de la nature, commerciale ou civile, de la créance pour sûreté de laquelle il est établi.

Mais aussi ces dispositions exceptionnelles ne sont-elles plus applicables, et la règle générale posée par l'art. 2075 reprend-elle son empire, encore que le gage soit constitué par un commerçant et pour un acte de commerce, si le titre qui doit être donné en gage n'est, ni négociable par endossement, ni transmissible par transfert sur les registres d'une Société [6]. Code de Commerce, art. 91, al. 4.

2° Des établissements autorisés à prêter sur gage, sans être restreints à l'observation des formalités prescrites par les art. 2074 et 2075.

Ces établissements sont : les monts-de-piété, la Banque de France, et la société du Crédit foncier de France.

a. Les monts-de-piété sont autorisés à prêter sur engagement d'effet mobiliers corporels [6 *bis*], déposés dans les magasins de l'établissement [7].

La constitution du gage, pour les prêts faits par les monts-de-piété, se constate, même à l'égard des tiers, par les registres de ces établissements, pourvu qu'ils

[6] Le quatrième alinéa de l'art. 91 du Code de commerce n'aurait aucune signification, si on ne devait y voir, en ce qui concerne les créances mobilières dont il est parlé au texte, le maintien du Droit commun, par dérogation à la disposition du premier alinéa du même article. *Exposé de motifs* Sir., *Lois annotées*, p. 27, col. 1, n° V. Pont, II, 1208. [Voy. comme application (connaissement à personne déterminée endossé en blanc par le destinataire), Req., 13 août 1879, Sir., 81, 1, 157. Cpr. Req., 6 février 1882, Sir., 83, 1, 393, et la note Labbé. Voy. cep. pour l'hypothèse d'une assurance maritime faite pour le compte de qui il appartiendra. Civ. rej., 18 mai 1886, Sir., 89, 1, 411. Cpr. la note 4 *bis supra*.]

[6 *bis*. Cpr. Cass., 15 avril 1876, Sir., 76, 1, 234.]

[7] Voy. sur les monts-de-piété, les lois et décrets cités à la note 1re *supra*, et à la note 9 du § 54. [Voy. sur la responsabilité de ces établissements, pour le cas où les meubles par eux acceptés en gage avaient été perdus et volés : Cass., 21 juillet 1857, Sir., 57, 1, 681. Paris, 26 déc. 1871, Sir. 72, 2, 46.]

soient tenus conformément aux règlements qui les régissent.

b. La Banque de France a été successivement autorisée à faire des avances sur les effets publics à échéance déterminée qui lui sont remis en recouvrement, sur les dépôts de lingots ou de monnaies étrangères faits entre ses mains, sur tous effets publics français, à échéance même indéterminée, sur toutes actions ou obligations de chemin de fer français, sur les obligations de la ville de Paris, et enfin sur les obligations émises par la société du Crédit foncier de France [8].

Suivant l'ordonnance réglementaire du 15 juin 1834, le gage se constate au moyen de l'engagement de remboursement que souscrit l'emprunteur dans les formes prescrites par cette ordonnance.

c. La loi du 19 juin 1857 déclare les art. 2074 et 2075 inapplicables aux avances sur dépôt d'obligations foncières faites par la société du Crédit foncier de France.

Le privilège de cette société, sur l'obligation donnée en nantissement, résulte de l'engagement souscrit par l'emprunteur dans la forme prescrite par l'ordonnance du 15 juin 1834, relative aux avances faites par la Banque de France.

3° *Du nantissement des marchandises déposées dans des magasins généraux.*

Suivant la loi du 28 mai 1858, les marchandises déposées dans les magasins généraux établis par le décret du 21 mars 1848, sont efficacement données en gage par l'endossement du *warrant* [8 *bis*] ou bulletin de gage, énonçant en capital et intérêts, le montant intégral de la créance garantie, la date de son échéance, les nom, profession et domicile du créancier, et par

[8] Décret du 16 janvier 1808, art. 12, 16 et 20. Loi du 17 mai 1834, art. 3. Loi du 30 juin 1840, art. 3. Décret du 3 mars 1853, art. 2. Loi du 9 juin 1857, art. 7.

[8 *bis*. Cpr. sur l'endossement du *récépissé*, à titre de mise en gage, Req. 12 mars 1879, Sir., 80, 1, 113, et la note Lyon-Caen.]

la transcription de cet endossement sur les registres du magasin dépositaire [9].

§ 434.

Des droits du créancier nanti d'un gage.

1° Le créancier nanti d'un gage est autorisé, [en cette qualité [1] *bis*], à retenir l'objet qui lui a été remis en nantissement [[1] *ter*] jusqu'au paiement intégral de sa créance, en principal et accessoires [[1] *quater*]. Art. 2082, al. 1.

Il peut même, si le débiteur a, depuis l'établissement du gage, contracté envers lui une nouvelle dette[1], qui soit devenue exigible avant l'acquittement de l'ancienne, retenir l'objet engagé jusqu'au paiement intégral de ses deux créances. Il en est ainsi, bien que l'échéance de la première dette ait précédé l'exigibilité de la seconde, pourvu que, de fait, la première fût encore due au moment où la seconde est devenue exigible[2]. Art. 2082,

[9] Les deux conditions de l'endossement et de sa transcription sont de rigueur. Ainsi, la remise seule du varrant est insuffisante. Il en serait de même, si le varrant, endossé seulement, n'avait pas été transcrit. Pont, II, 1211. Civ. rej., 19 décembre 1865, Sir., 66, 1, 61. Paris, 1er décembre 1866, Sir., 67, 2, 65. [Cass., 11 juillet 1876, Sir., 77, 1, 249.]

[[1] *bis*. Cpr. Req. 15 déc. 1897, Sir., 99, 1, 393, et la note de M. Wahl.]

[[1] *ter*. Sans préjudice des conséquences pénales qui sont attachées, dans l'intérêt du créancier, au détournement, par le débiteur lui-même, de l'objet mis en gage. Code pénal, art. 460, § 5. Cpr. sur ce délit, Grenoble, 13 avril 1908, Sir., 09, 2, 269. et pour l'hypothèse de mise en gage d'un fonds de commerce, Paris, 10 avril 1907, Sir., 07, 2, 144.]

[[1] *quater*. Voy. cep., en ce qui concerne le nantissement des fonds de commerce, § 432, texte et note 19 *tredecies*.]

[1] Le Droit romain étendait le droit de rétention à toute espèce de créances, sans distinguer si l'origine en était antérieure ou postérieure à la constitution du gage. *L. un. C. etiam ob chirog. pec.* (8, 27). Cpr. sur les motifs à raison desquels les rédacteurs du Code ont cru devoir restreindre la disposition de la loi romaine : *Discussion au Conseil d'Etat* et *Exposé de motifs*, par Berlier (Locré, *Lég.*, XVI, p. 16, n° 12, et p. 27, n° 7).

[2] Delvincourt, III, p. 441. Duranton, XVIII, 548. Cpr. cep. Pont, II, 1195; Aix, 21 février 1840, Sir., 50, 2, 570.

al. 2 [3]. Toutefois, le gage tacite admis en pareil cas, ne produit pas de privilège, et n'engendre qu'un droit de rétention [4].

Bien que le droit de rétention résultant du gage soit opposable aux autres créanciers, il ne les prive cependant pas, en principe, de la faculté de saisir et de faire vendre l'objet mis en gage, sauf au gagiste à faire valoir son privilège sur le prix [5]. Que si, le gage n'étant que tacite, ce dernier se trouve dépourvu de privilège, il est en droit de ne consentir à la saisie et à la vente de l'objet engagé, que sous la condition d'être désintéressé par l'adjudicataire avant tout délaissement de cet objet [6]. [D'ailleurs, le créancier gagiste n'a qualité, ni pour invoquer la nullité du titre exécutoire en vertu duquel une saisie-exécution a été pratiquée sur les meubles qui lui ont été donnés en gage [6] *bis*, ni pour critiquer l'attribution à un autre créancier gagiste d'un rang inférieur au sien [6] *ter*.]

Le droit de rétention du créancier est indivisible, en ce qu'il affecte chacun et chaque partie des objets donnés en nantissement, et qu'il subsiste en entier jusqu'au paiement intégral de la créance pour sûreté de laquelle le gage a été établi. Art. 2083.

[Toutefois, lorsque le nantissement porte sur un fonds de commerce, et qu'il s'étend à des objets matériels, à raison du lien de dépendance de ces objets par rapport

[3] Cette disposition ne serait pas applicable au cas où le gage aurait été fourni par un tiers. Pont, II, 1196. [Voy. en sens contraire. Paris, 23 mai 1879, sous Cass., 9 mai 1881, Sir., 82, 1, 150.]

[4] Cela résulte du contexte de l'art. 2082, de la place qu'il occupe, de sa combinaison avec l'art. 2074, et de l'esprit de la loi tel qu'il se manifeste par la disposition de ce dernier article. Delvincourt, sur l'art. 2082. Duranton, XVIII, 567. Troplong, n° 465. Zachariæ, § 434, note 4. Voy. en sens contraire : Mourlon, *Examen critique*, n° 227. Pont, II, 1198 et 1199.

[5] Troplong, n° 460. Pont, II, 1185. [Pau, 28 mars 1892, Sir., 93, 2, 225.] Cpr. Req. rej., 5 juillet 1834, Sir., 35, 1, 490. Voy. cep. Req. rej., 31 juillet 1832, Sir., 32, 1, 490.

[6] Voy. les autorités citées à la note 23 du § 256 *bis*.

[6 *bis*. Pau, 28 mars 1892, Sir., 93, 2, 225 (note critique anonyme).]

[6 *ter*. Req. 18 avril 1894, Cir., 95, 1, 238.]

audit fonds[6] *qualer*, le débiteur conserve, tant que le créancier n'a pas mis en œuvre son droit de réalisation du gage[6] *quinquies*, le droit, non seulement de vendre, mais même de déposer sur warrant, aux magasins généraux, pour obtenir d'un tiers une avance de fonds, les marchandises comprises dans le fonds de commerce[6] *sexies*, mais non pas l'outillage de ce fonds[6] *septies*. — D'autre part, l'aliénation du fonds de commerce par le débiteur[6] *octies* ne saurait préjudicier au créancier, qui n'a aucun moyen de s'y opposer[6] *nonies*, à moins peut-être que l'acte de nantissement n'interdise expressément cette aliénation au débiteur[6] *decies*, et qui est fondé à poursuivre dans les mains du dernier sous-acquéreur du fonds, la réalisation de son gage, que l'inscription qui en a été faite rend opposable à tous les tiers sans exception[6] *undecies*. Actuellement, la loi du 17 mars 1909 détermine, dans son art. 22,

[6 *quater*. Voy. § 432, notes 19 *quinquies* et 19 *sexies*.]

[6 *quinquies*. Rouen, 11 déc. 1901, Sir., 04, 2, 225, note Wahl.]

[6 *sexies*. Rouen, 24 janvier 1906, Sir., 06, 2, 103. Cpr. § 432, texte et note 4 *octies*.]

[6 *septies*. Paris, 18 mars 1903, Sir., 05, 2, 289, note Wahl.]

[6 *octies*. Aliénation ou apport en société, et, dans ce dernier cas, ce qui est vrai de l'apport en société, le serait aussi de l'attribution au débiteur, pour sa part dans la société dissoute, du fonds apporté par lui. Rouen, 8 juillet 1903, Sir., 05, 2, 153, note Wahl.]

[6 *nonies*. Rouen, 8 juillet 1903, précité. La Cour de Rouen fonde cette solution, selon nous incontestable, sur la règle posée au § 432, note 19 *novemdecies* (le fonds de commerce ne comportant pas la possession, l'art. 2076 est inapplicable).]

[6 *decies*. La validité d'une clause de ce genre ne serait pas douteuse, si l'on admettait, comme le font certaines personnes, que l'inscription du nantissement, exigée par la loi du 1er mars 1898, s'ajoute aux conditions de forme de droit commun des art. 2075 et 2076. Voy. en ce sens Montpellier, 9 juin 1902, Sir., 05, 2, 225, note Wahl. Mais sa validité est très contestable, dans l'opinion contraire (voy. la note précitée de M. Wahl) qui est justement celle que nous adoptions, sous le régime de la loi de 1898, avec une jurisprudence très ferme (voy. § 432, notes 19 *quater* et 19 *novemdecies*). L'arrêt de Montpellier vise plusieurs questions secondaires, qu'il n'y a pas lieu de relever ici.]

[6 *undecies*. Voy. pour le régime établi par la loi du 1er mars 1898, Trib. comm. Rouen, 13 juillet 1900, Sir., 01, 2, 177. Rouen, 20 nov. 1901, Sir., 02, 2, 129. Trib. comm., Seine, 8 juin 1904, Paris, 16 nov. 1904, Sir., 06, 2, 233, note Wahl.]

les conditions moyennant lesquelles l'acquéreur du fonds de commerce peut se garantir des poursuites des créanciers inscrits sur le fonds.]

[D'autre part, la même loi du 17 mars 1909, écartant expressément, en ce qui concerne le nantissement du fonds de commerce, la condition de mise en possession du créancier [6] *duodecies*, a prévu et réglementé, dans son art. 13, l'hypothèse où le propriétaire du fonds de commerce mis en gage entendrait le déplacer et lui donner un autre siège [6] *tredecies*.]

2° Le créancier peut, pour obtenir le paiement de ce qui lui est dû, faire ordonner en justice, [au besoin par voie de référé [6] *qualuordecies*], que le gage lui demeurera en propriété d'après une estimation à faire par experts, ou qu'il sera vendu, [soit] aux enchères publiques [7], [soit même à l'amiable, mais alors par les soins du tiers qui en était déjà constitué séquestre par justice [7] *bis*]. Art. 2078, al. 1[8].

Mais il n'a pas le droit de se l'approprier, ou d'en disposer à son gré. La loi frappe même de nullité toute convention, [en tant d'ailleurs que cette convention est régie par la loi française [7] *ter*], par laquelle le débiteur

[6 *duodecies*. Voy. § 432, texte et note 19 *novemdecies*.]

[6 *tredecies*. Je renvoie, pour l'explication détaillée de ce texte, comme pour celle de l'art. 22 de la loi de 1909, aux traités spéciaux de droit commercial, suivant ici l'exemple donné par MM. Aubry et Rau eux-mêmes, dans d'autres matières. Cpr. § 763 *bis*, note 5.]

[6 *quatuordecies*. Paris, 28 déc. 1909, Sir., 10, 1, 169.]

[7] Le créancier peut se borner à provoquer la vente du gage ; et, dans ce cas, les tribunaux doivent lui adjuger sa demande. Lorsqu'il forme une demande alternative dans les termes indiqués par l'art. 2078, al. 1, il appartient au juge d'ordonner celle des deux mesures qui lui paraît la plus avantageuse aux intérêts du débiteur. Troplong, nos 400 et 401. Pont, II, 1146. Zachariæ, § 434, note 5.

[7 *bis*. Paris, 11 août 1898, sous Civ. cass., 5 juillet 1900. Sir., 01, 1, 29.]

[8] Il semble cependant qu'il soit permis aux parties de convenir qu'à défaut de paiement, le créancier pourra, sans jugement préalable, faire vendre le gage aux enchères publiques. Zachariæ, § 434, texte et note 7.

[7 *ter*. Cpr. Seine, 3 mars 1875, Sir., 77, 2, 25 et la note de M. Renault. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une constitution de gage intervenue en France, au profit d'un banquier français qui avait prêté des fonds à un État étranger. — La note de M. Renault explique bien quelle différence

autoriserait le créancier à s'approprier le gage, ou à le vendre sans l'observation des formalités qui viennent d'être indiquées [9]. Art. 2078, al. 2. [Il en est ainsi même du nantissement d'un fonds de commerce. Loi du 17 mars 1909, art. 8, al. 2.]

Du reste, la vente du gage passée par le débiteur au créancier, soit avant, soit après l'échéance de la dette, est valable, sauf les cas de fraude [10].

[A plus forte raison, le tiers consignataire des objets mis en gage peut valablement recevoir du débiteur mandat de les vendre et d'en verser le prix aux mains du créancier gagiste, délégataire de ladite somme [10 *bis*.]

Les dispositions de l'art. 2078 sont, en général, appli-

profonde sépare cette hypothèse de celle où les opérations susvisées interviendraient en France entre un Français et un étranger, ou même entre deux étrangers. L'art. 2078, qui frapperait certainement de nullité la clause dite de *voie parée* intervenue entre particuliers, peut être valablement écartée par l'État étranger auquel le principe de droit des gens de l'indépendance des États souverains permet de traiter, à son gré, tant sous l'empire de ses propres lois que sous l'empire d'une loi spéciale qu'il se fait à lui-même par la convention.]

[9] *Discussion du Conseil d'Etat* (Locré, *Lég.*, XVI, p. 15, n° 10). Delvincourt, sur l'art. 2078. Duranton, XVIII, 537 et 538. Troplong, n° 387. Pont, II, 1162. Zachariæ, § 434, note 6 ; Req. rej., 11 mai 1855, Sir., 56, 1, 123. [Dès avant la loi du 12 mars 1900, la jurisprudence avait conclu, de la règle posée au texte, que le vendeur d'une valeur à lots payable par versements mensuels, qui stipulait de l'acheteur la faculté de retenir jusqu'à parfait payement les titres vendus, ne pouvait ajouter à cette constitution du gage, qu'il pourrait lui-même déposer chez un tiers, en garantie d'avances à lui faites, les titres par lui retenus. Paris, 2 nov. 1892, Sir., 94, 2, 273, note Tissier. Voy. cep. Cass., 14 mars 1894, Sir., 94, 1, 393. Cass., 14 janvier 1902, Sir., 03, 1, 134. Cpr. Cass., 26 janvier 1894, Sir., 98, 1, 511. La loi du 12 mars 1900, indépendamment des autres conditions qu'elle impose aux ventes à crédit de valeurs de bourse, interdit la combinaison dont il vient d'être parlé. Voy. sur d'autres hypothèses de pacte commissoire prohibé, dans le même ordre d'idées : Chambéry, 16 mars 1897, Sir., 97, 2, 284. Cass., 4 juin 1894, Sir., 94, 1, 393. Cass., 30 avril 1900, Sir., 1900, 1, 345. Cass., 4 mars 1902, Sir., 05, 1, 495.]

[10] Le débiteur ne jouit pas de l'option conférée par cette disposition au créancier seul. Pont et Zachariæ, *loc. cit.* Colmar, 23 février 1828, Sir., 28, 2, 174. Voy. en sens contraire : Taulier, XVII, p. 91 et 92.

[10 *bis*. Req. 20 mars 1878, Sir., 79, 1, 202. Req. 13 mai 1878, Sir., 79, 1, 203.]

cables en matière commerciale, aussi bien qu'en matière civile [11].

Toutefois, d'après le quatrième alinéa de l'art. 91 du Code de commerce, le créancier auquel des effets négociables ont été donnés en gage, a le droit et le devoir de les recouvrer [11 *bis*].

D'un autre côté, lorsque le gage, commercial ou civil, a pour objet des valeurs cotées à la Bourse, par exemple, des rentes sur l'État, le créancier peut, en vertu de l'autorisation du juge, les faire vendre à la Bourse par le ministère d'un agent de change [12], sans être astreint à faire procéder à cette vente par la voie des enchères publiques, après affiches et publications.

L'autorisation du juge n'est pas même nécessaire pour faire opérer la vente des valeurs de Bourse qui ont été données en gage à la Banque de France, ou au Crédit foncier de France [13].

Enfin, suivant l'art. 7 de la loi du 28 mai 1858, lorsque les marchandises mises en gage se trouvent déposées dans des magasins généraux, la vente peut également en avoir lieu sans autorisation de justice ; mais elle doit être faite aux enchères publiques, et par le ministère des officiers publics à ce désignés.

3° Le créancier est fondé à répéter les impenses qu'il

[11] Le contraire a cependant été jugé par la Cour de cassation (Req. rej., 2 décembre 1861, Sir., 63, 1, 453), sur le fondement de l'art. 2084. [Voy. aussi Toulouse, 27 juillet 1872, Sir., 74, 2, 178.] Mais cet article, qui suppose l'existence de dispositions spéciales, dérogatoires au Droit commun, ne saurait être invoqué pour écarter complètement, en matière commerciale, l'application de l'art. 2078, puisqu'on ne trouve au Code de commerce, aucun texte qui y déroge d'une manière générale.

[11 *bis*. Voy. comme application, dans une hypothèse qui mettait en conflit le créancier nanti et le liquidateur judiciaire du débiteur. Civ. rej., 23 février 1909, Sir., 09, 1, 390. Cpr. § 432, note 4 *bis*.]

[12] Tel est en effet le mode normal de vente de ces sortes de valeurs. Loi du 4 mars 1806. Décret du 25 septembre 1806. Avis du Conseil d'État des 17 novembre 1807-11 janvier 1808. Troplong, n° 407. Bruxelles, 8 janvier 1834, Sir., 34, 2, 283. Paris, 13 janvier 1854, Sir., 55, 2, 209. Cpr. Req. rej., 4 avril 1866, Sir., 66, 1, 433.

[13] Ordonnance du 15 juin 1834, art. 5. [Voy. Cass., 2 mars 1892, Sir., 95, 1, 116.] Loi du 19 juin 1857, art. 3.

a faites, soit pour la conservation, soit pour l'amélioration du gage, savoir : les premières, pour la totalité de ses déboursés ; et les secondes, jusqu'à concurrence de la mieux-value qui en est résultée [14]. Art. 2080, al. 2. Il est également fondé à réclamer des dommages-intérêts, à raison des pertes que la détention du gage peut lui avoir occasionnées. Art. 1947.

Au surplus, le contrat de gage ne confère au créancier, à moins de stipulation contraire, aucun droit d'usage ou de jouissance sur l'objet remis en nantissement [14 *bis*]. Le débiteur peut donc s'opposer à ce que le créancier se serve du gage, ou en perçoive les fruits ; et si ce dernier en a, de fait, tiré quelque émolument, il en doit compte au débiteur. Art. 2079 cbn. 1930 et 1936. Toutefois, si l'objet engagé consiste en une créance portant intérêt, le créancier, auquel elle a été remise en gage, est autorisé, [sauf convention contraire [14 *ter*]], à en toucher les intérêts, à charge de les imputer sur ce qui lui est dû [14 *quater*]. Art. 2081.

[Le créancier gagiste, auquel auraient été remis, en ladite qualité, des titres émis par une société, serait recevable, en cette qualité, à invoquer la responsabilité des administrateurs de la société à raison des faits de gestion postérieurs à la naissance de son privilège [14 *quinquies*].

Tant que le créancier reste nanti du gage, sa créance n'est pas soumise à prescription [15].

[14] C'est ainsi qu'il faut entendre l'art. 2080, al. 2. dont la rédaction est équivoque. Delvincourt, III, p. 440. Duranton, XVIII, 542. Troplong, nos 434 et suiv. Taulier, VII, p. 93. Pont, II, 176. Zachariæ, § 434, texte et note 8. Voy. en ce qui concerne la bonification de la mieux-value du gage : § 357, note 12 ; L. 25, D. *de pign. act.* (13, 7 ; Duranton), XVIII, *loc. cit.*

[14 *bis*. Voy. comme application Lyon, 21 nov. 1894, Sir., 95, 2, 18 (impossibilité pour le créancier qui a reçu en gage des actions nominatives d'une société anonyme, d'exercer à l'assemblée générale des actionnaires de ladite société, le droit de vote de son débiteur).]

[14 *ter*. Cpr. Cass., 28 nov. 1894 (premier arrêt), Sir., 95, 1, 405.]

[14 *quater*. Voy. comme application, en matière de rentes sur l'État. Cass. : 28 nov. 1894, Sir., 95, 1, 405 (premier arrêt).]

[14 *quinquies*. Req. 5 janvier 1903, Sir., 06, 1, 327.]

[15] Cela est évident en matière d'antichrèse ; la perception des fruits

§ 435.

Des obligations du créancier, et des droits du débiteur.

1° Le créancier est tenu d'apporter à la conservation de l'objet engagé, les soins d'un bon père de famille, et répond, en cas d'inexécution de cette obligation, de la perte de cet objet, ainsi que des détériorations qu'il peut avoir subies [1 *bis*]. Art. 2080, al. 1.

2° Il est tenu, dès qu'il a été payé de sa créance, de restituer au débiteur [les objets qu'il avait reçus en gage, et qu'il a, sauf interversion de possession à son profit qu'il lui appartient d'établir, continué à détenir au même titre 1 *ter* : il est tenu de restituer ces objets] avec tous les accessoires qui en dépendaient au moment du contrat avec les accessions [qu'ils peuvent avoir] reçues depuis cette époque. Art. 2082. Cpr. art. 1940 et suiv.

[Cette obligation prend un caractère et un objet particuliers, s'il s'agit du nantissement d'un fonds de commerce 1 *quater*.]

3° Le débiteur a le droit, même avant d'avoir désintéressé le créancier, de réclamer la restitution du gage, si celui-ci s'en sert sans autorisation, ou si, autorisé à

de l'immeuble constitue un exercice successif du droit de créance, et s'oppose par conséquent au cours de la prescription. Cpr. les autorités citées à la note 1re du § 438. La même solution doit être admise en matière de gage, par le motif que le fait du débiteur de laisser le gage entre les mains du créancier, forme de sa part une reconnaissance permanente du droit de ce dernier. Le système contraire conduirait d'ailleurs à cette singulière conséquence que le débiteur, dont l'action en retrait du gage est incontestablement imprescriptible jusqu'au moment du paiement, pourrait, au bout de trente ans, réclamer la restitution du gage, sans offrir de désintéresser le créancier. Delvincourt, III, p. 443. Duranton, XXI, 253. Troplong, n° 478. Pont, II, 1167.

[1 *bis*. Voy. comme application Cass., 29 juin 1904, Sir., 04, 1, 416 (obligation pour le créancier de renouveler l'inscription (de séparation des patrimoines) qui garantit la créance qui lui a été donnée en gage).]

[1 *ter* Cass, 5 janvier 1903, Sir, 06, 1, 327.]

[1 *quater*. Voy. § 432, texte et note 19 *quatuordecies* et suiv.]

s'en servir, il en abuse [1]. Art. 2082, al. 1. et arg. de cet article.

L'action personnelle du débiteur en restitution du gage, et par suite celle en indemnité pour défaut de représentation de l'objet engagé, ne deviennent prescriptibles qu'à partir du paiement de la dette [2].

b. *De l'antichrèse.*

§ 436.

Notion de ce contrat.

L'antichrèse est un contrat par lequel le débiteur, ou un tiers, met le créancier en possession d'un immeuble, avec autorisation d'en percevoir les fruits, pour les imputer annuellement, soit sur les intérêts, s'il lui en est dû [1], et, en cas d'excédant, sur le capital de sa créance, soit sur le capital seulement, s'il ne lui est pas dû d'intérêts. Art. 2085.

[L'antichrèse peut, notamment, servir à garantir un prêt à intérêts même déguisé sous l'apparence d'un contrat pignoratif [2].]

[1] Cpr. L. 24, § 3, D. *de pign. act.* (13, 7) ; art. 2079 cbn. 1930 et 1936.

[2] Arg. art. 2257. Troplong, nos 476 et 477. Civ. cass., 24 août 1842, Sir., 42, 1, 860. — Suivant M. Pont (II, 1168), qui se fonde sur les art. 2236 et 2237, le propriétaire de l'objet engagé conserverait indéfiniment l'action en revendication. Mais cet auteur a oublié que l'action en revendication n'est point admise en matière mobilière, si ce n'est au cas de perte ou de vol ; et que la précarité ne pourrait s'établir qu'au moyen d'une action personnelle, fondée sur l'obligation de restitution, action qui, de l'aveu même de M. Pont, se trouve prescrite.

[1] Proudhon (*De l'usufruit*, I, 77) enseigne, mais à tort, selon nous, que par cela seul qu'une antichrèse a été établie pour sûreté d'une créance, cette créance, quoique non productive d'intérêts dans le principe, en porte de plein droit, à partir du jour où elle devient exigible. Les principes généraux sur le prêt à intérêt et le texte du deuxième alinea de l'art. 2085, nous paraissent également repousser cette manière de voir. Cpr. § 396, texte et note 1re. Troplong, no 538. Pont, II, 1135. Zachariæ, § 436, texte et note 1re.

[1 Req., 30 juillet 1895, Sir., 96, 1. 353, et la note de M. Appert. Cpr. § 396, texte et note 57.]

§ 437.

Des conditions de la validité du contrat d'antichrèse et de celles de son efficacité à l'égard des tiers.

Il faut, pour pouvoir livrer un immeuble à titre d'antichrèse, être propriétaire de cet immeuble, ou, tout au moins, en avoir l'usufruit[1]. Il faut, de plus, être capable d'en disposer. Ainsi, la femme séparée de biens [1 *bis*] et l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne peuvent, sans l'autorisation du mari ou l'assistance de ce conseil, constituer une antichrèse [2].

La validité du contrat d'antichrèse, en ce qui concerne les rapports des parties, n'est soumise à l'observation d'aucune formalité extrinsèque [3]. Cependant, même entre les parties, la preuve de ce contrat ne peut, sauf les cas d'exception indiqués aux art. 1347 [4] et 1348, nº 4, être faite par témoins, bien que la valeur des fruits à percevoir par le créancier, ou celle de l'immeuble donné en antichrèse, ne dépasse pas cent cinquante francs [5]. Art. 2085, al. 1.

[1] Arg. art. 595 et 2118, nº 2. Proudhon, *De l'usufruit*, I, 85. Troplong, nº 518. Pont, II, 1222.

[1 *bis*. Ceci ne s'applique plus, depuis la loi du 6 février 1893, à la femme séparée de corps. Voy. § 485[5], texte et notes 4 *bis* et suiv.]

[2] Troplong, nº 519. Req. rej., 22 novembre 1841, Sir., 42, 1, 48. Paris, 10 mars 1854, Sir., 54, 2, 597. [Voy. en sens contraire, et pour la femme dotale séparée de biens, Rouen, 9 août 1876, Sir., 77, 2, 241.] — Voy. quant au tuteur : § 113, texte nº 2, et note 25.

[3] Quelque absolue que paraisse la disposition de l'alinéa premier de l'art 2085, on doit admettre qu'elle ne s'applique, en ce qui concerne les rapports des parties entre elles, qu'à la preuve, et non à la validité du contrat d'antichrèse. *Exposé de motifs*, par Berlier (Locre, *Lég.*, XVI, p 31, nº 10). Troplong, nº 515. Pont, II, 1238. Cpr. § 306, texte et note 6 ; § 351, note 1re ; § 420, texte nº 2, et note 6.

[4] Les raisons qui nous ont déterminés à rejeter, en matière de transaction, l'application de cet article, sont toutes spéciales à ce contrat, et n'existent pas quand il s'agit d'antichrèse. Cpr. § 420, texte et note 8. Duranton, XVIII, 558. Pont, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Troplong, nºs 514 et 515.

[5] Pont, *loc. cit.* Zachariæ, § 437.

L'antichrèse n'a d'effet, à l'égard des autres créanciers du débiteur, qu'autant qu'elle est constatée par un acte ayant date certaine [6]. Art. 1318.

Aux termes des art. 2 et 3 de la loi du 23 mars 1855, sur la transcription, les actes contenant constitution d'antichrèse, et les jugements déclarant l'existence d'un pareil droit en vertu d'une convention verbale, sont, pour leur complète efficacité, soumis à la formalité de la transcription, et ne peuvent être opposés aux tiers qui, avant l'accomplissement de cette formalité, auraient acquis et dûment conservé des droits sur l'immeuble donné en antichrèse [6 *bis*]. Voy. cep. art. 10 et 11 de la loi précitée.

§ 438.

Des droits du créancier sur antichrèse.

1° Le créancier est autorisé à retenir l'immeuble qui lui a été livré en antichrèse, jusqu'au paiement intégral de la créance, en principal et accessoires. Art. 2087, al. 1. Et tant qu'il en conserve la détention, le débiteur ne peut lui opposer aucune prescription [1]. Le droit de rétention du créancier est indivisible, comme celui qui résulte du gage. Art. 2090 cbn. 2083.

[6] Duranton, XVIII, 558. Pont, II, 1229 et 1230. Voy. en sens contraire Zachariæ, § 437, texte et note. Cet auteur enseigne que l'écriture n'est pas plus requise comme condition de l'efficacité du contrat au regard des tiers, qu'elle n'est exigée comme condition de sa validité entre les parties contractantes. Mais il est évident que, si un acte sous seing privé de constitution d'antichrèse ne peut être opposé aux tiers qu'autant qu'il a acquis date certaine à leur égard par l'une des circonstances indiquées en l'art 1328, à plus forte raison ne doit-on pas pouvoir invoquer contre eux une constitution d'antichrèse purement verbale.

[6 *bis*. Voy. comme application, Paris, 12 janvier 1895, Sir., 98, 2, 283.]

[1] La détention d'un immeuble à titre d'antichrèse fait obstacle à la prescription de la créance pour sûreté de laquelle l'antichrèse a été constituée. Merlin, *Rép.*, v° Prescription, sect. I, § 7, quest. 18. Proudhon, *De l'usufruit*, II, 762. Duranton, XVIII, 552. Troplong, n° 551. Pont, II, 1246. Civ., cass., 27 mai 1812, Sir., 13, 1, 85. Riom, 31 mai 1828, Sir., 28, 2, 282. Cpr. § 434, texte et note 15.

2° Le créancier est autorisé à percevoir les fruits de l'immeuble, mais à la charge de les imputer sur ce qui lui est dû, et, par conséquent, d'en rendre compte au débiteur. Art. 2085, al. 2[2]. Les parties peuvent cependant convenir que les fruits se compenseront avec les intérêts, soit en totalité, soit jusqu'à certaine concurrence. Art. 2086. Une pareille convention, qui, sous l'empire de l'art. 1907, eût été valable sans aucune restriction, doit aujourd'hui être appréciée d'après les dispositions de la loi du 3 septembre 1807[3]. Ainsi, elle ne dispense plus le créancier, d'une manière absolue, de l'obligation de rendre compte des fruits qu'il a perçus, et de porter en déduction du principal de sa créance, l'excédant de ces fruits sur les intérêts qu'il a pu légalement stipuler, lorsque cet excédant est de quelque importance, et que, toutes chances calculées, il est reconnu que le revenu annuel de l'immeuble devait dépasser ces intérêts [4].

Le créancier peut, ou jouir par lui-même de l'immeuble donné en antichrèse, ou le louer pour la durée ordinaire des baux ; [il peut même le confier à un tiers choisi par lui et par ses consorts, auxquels ledit tiers est substitué pour réunir dans ses mains leurs intérêts collectifs[4] *bis*] : mais il n'a pas, en général, le droit de changer le mode d'exploitation de cet immeuble. S'il y avait fait des améliorations, elles devraient lui être bonifiées jusqu'à concurrence de la mieux-value qui en est résultée, sans que cependant cette bonification pût excéder le montant de la dépense [5].

Le créancier ne devient pas, à défaut de paiement au terme convenu, propriétaire de l'immeuble qui lui a été donné en antichrèse ; il ne jouit que de la faculté d'en

[2] Cpr. Civ. cass., 6 août 1822, Sir., 23, 1, 182.

[3] Cpr. § 396, texte n° 5, et note 58.

[4] *Rapport fait au Tribunat* par Gary (Locré, *Lég.*, XVI, p. 45 et 46, n° 26). Delvincourt, III, p. 445. Proudhon, *De l'usufruit*, I, 82 et 83. Duranton, XVIII, 556. Pont, II, 1265 à 1268. Zachariæ, § 438, texte et notes 3 et 4. Montpellier, 21 novembre 1829, Sir., 30, 2, 88.

[4 *bis*. Rouen, 9 août 1876, Sir., 77, 2, 241.]

[5] Voy. sur ces divers points : Req. rej., 25 mars 1835, Sir., 36, 1, 110 ; Paris, 9 décembre 1836, Sir., 37, 2, 29.

poursuivre la vente par expropriation forcée. Art. 2088. Toute convention qui lui attribuerait le droit de faire vendre cet immeuble sans remplir les formalités prescrites pour la saisie immobilière, serait frappée de nullité[6]. On devrait également considérer comme nulle, la clause qui autoriserait le créancier à se rendre propriétaire de l'immeuble donné en antichrèse, moyennant un prix à fixer par des experts convenus ou nommés d'office[7]. Mais rien ne s'oppose à ce que le débiteur vende cet immeuble au créancier, soit avant, soit après l'échéance de la dette [8]. Code de procédure, art. 742.

Quoique les droits de rétention et de jouissance qui résultent de l'antichrèse ne constituent pas des droits réels, le créancier n'en est pas moins autorisé à les faire valoir, soit contre un tiers acquéreur, soit contre des créanciers simplement chirographaires, soit même contre des créanciers hypothécaires, dont les hypothèques ne sont devenues efficaces que postérieurement à l'établissement de l'antichrèse[9]. Ces créanciers ne peuvent donc,

[6] Avant la loi du 2 juin 1841, on regardait, avec raison, comme valable, la clause *de voie parée*, c'est-à-dire celle par laquelle le créancier était autorisé, à défaut de paiement au terme convenu, à faire vendre, aux enchères publiques, par le ministère d'un notaire, l'immeuble qui lui avait été hypothéqué ou donné en antichrèse.

[7] Cette clause qui, avant la loi du 2 juin 1841, était considérée comme valable (cpr. L. 16, § 9, *de pign. et hyp.*, 20, 1) serait en opposition évidente sinon avec le texte, du moins avec l'esprit de cette loi, tel qu'il a été indiqué dans le rapport de M. Persil à la Chambre des pairs (*Commentaire de la loi sur les ventes judiciaires de biens immeubles*, par E. Persil, p. 323 et suiv.). Delvincourt, III, p. 444. Duranton, XVIII, 566. Pont, II, 1250. Cpr. Civ. cass., 1er juillet 1844, Sir., 45, 1, 17. Voy. cep. Troplong, nº 550 ; Taulier, VII, p. 100.

[8] Duranton, XVIII, 568. Pont, II, 1262. Voy. aussi les autorités citées à la note 9 du § 434.

[9] Cette proposition est une conséquence de la maxime *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse haberet*, prise dans l'étendue avec laquelle elle est admise en Droit français. Dans le système contraire, il dépendrait du débiteur d'anéantir les effets de l'antichrèse, qui n'aurait plus dès lors le caractère de nantissement que lui attribue la loi. Nous ajouterons que c'est en partant de l'idée, que l'antichrèse est opposable aux créanciers hypothécaires postérieurs, que les art. 2 et 3 de la loi du 23 mars 1855 ont soumis à la formalité de la transcription les actes constitutifs d'anti-

ni le contraindre à délaisser l'immeuble qui lui a été remis, avant de l'avoir complètement désintéressé, ni en saisir les fruits à son préjudice.

Mais si le créancier sur antichrèse poursuit lui-même la vente de l'immeuble, ou que, lors de l'expropriation poursuivie par d'autres créanciers, il consente à le délaisser, [ou encore, et plus généralement, qu'il consente à la vente de l'immeuble, sans s'assurer la conservation des fruits, l'antichrèse s'évanouit[9] *bis*, et] il ne peut, en cette seule qualité, et à moins qu'il n'ait des privilèges ou hypothèques à faire valoir, réclamer aucun droit de préférence sur le prix [10].

Du reste, l'antichrèse n'empêche pas l'immobilisation des fruits, qui s'opère, par la transcription de la saisie immobilière, au profit des créanciers hypothécaires dont les hypothèques sont devenues efficaces antérieurement à l'établissement de l'antichrèse [11]. Art. 2091, al. 1.

chrèse. *Exposé de motifs* par Berlier (Locré, *Lég.*, XVI, p. 29, n° 9) Proudhon, *De l'usufruit*, I, 89 et suiv. Duranton, XVIII, 560. Civ. cass., 31 mars 1851, Sir., 61, 1, 305. Civ. cass., 29 août 1865, Sir., 65, 1, 433. Voy. aussi : Valette, *Des privilèges et des hypothèques*, n° 7 ; Pont, II, 1277. Ces auteurs, tout en admettant notre solution, la fondent sur la prétendue réalité du droit d'antichrèse. C'est, à notre avis, compromettre une bonne cause par un mauvais argument. Le droit d'antichrèse n'est pas un vrai droit réel, puisque aucun droit de suite ne s'y trouve attaché. On ne doit y voir qu'un droit personnel de jouissance, accompagné d'un droit de rétention. A ce double titre, il peut, dans une certaine mesure, être opposé aux tiers, comme le bail, et comme tout autre droit de rétention. Voy. § 256 *bis*, texte et notes 20 à 22 ; § 365, texte et note 7 ; § 369, texte et note 32. Bourges, 24 juillet 1828, Sir., 29, 2, 259. Toulouse, 22 juillet 1835, Sir., 36, 2, 109. Voy. en sens contraire : Delvincourt, sur l'art. 2091 ; Troplong, n°s 576 et suiv. ; Martou, *Des hypothèques*, I, 34 et 259 ; Zachariæ, § 286, texte et note 9 ; Rennes, 24 août 1827, Sir., 51, 1, 306, à la note ; Bastia, 9 mai 1838, Sir., 38, 2, 369 ; Paris, 24 juillet 1852, Sir., 52, 2, 657.

[9 *bis*. Rouen, 9 août 1876, Sir., 77, 2, 241.]

10 Proudhon, *op. cit.*, I, 95. Zachariæ, § 438, texte *in fine*. [Cpr. Req. 24 janvier 1872, Sir., 72, 1, 21.]

11 Bourges, 24 juillet 1828, Sir., 29, 2, 259. Cpr. § 286, texte n° 3, lett. *c*.

§ 439.

Des obligations du créancier sur antichrèse.

1° Le créancier est tenu d'administrer en bon père de famille l'immeuble qu'il tient en antichrèse. Arg. art. 1137 et 2080. S'il néglige de le faire, il devient, selon les circonstances, passible de dommages-intérêts envers le débiteur, et peut même être condamné à restituer l'immeuble, sans avoir été préalablement désintéressé. Art. 2086, al. 2. Arg. art. 618 et 2082, al. 1.

En vertu de cette obligation, le créancier doit pourvoir à la conservation et à l'entretien de l'immeuble ; mais il est autorisé à prélever sur les fruits, les dépenses relatives à ces objets, et même, en cas d'insuffisance, à les répéter contre le débiteur [1], à moins qu'il n'ait été convenu que les fruits se compenseraient en totalité avec les intérêts, auquel cas, le créancier ne peut réclamer contre le débiteur, que les dépenses qu'un usufruitier serait autorisé à répéter contre le nu propriétaire [2]. Art. 2086, al. 2.

2° Le créancier est tenu d'acquitter les contributions et les charges annuelles de l'immeuble, sauf à prélever ces déboursés, ou à le répéter contre le débiteur, conformément à ce qui a été dit au n° 1. Art. 2086, al. 1.

Du reste, le créancier peut, à moins qu'il n'ait expressément ou tacitement [3] renoncé à cette faculté, s'affranchir des obligations mentionnées dans ce numéro et dans le précédent, en restituant l'immeuble au débiteur. Art. 2087, al. 2.

3° Le créancier doit restituer l'immeuble au débiteur,

[1] Delvincourt, sur l'art. 2086. Zachariæ, § 439, *a*, note 2. Cpr. Turin, 31 décembre 1810, Sir., 11, 2, 182; Paris, 9 décembre 1836, Dalloz, 1837. 2, 118.

[2] Cpr. art. 605 et suiv. ; § 231, texte n° 4 ; § 233, texte et note 2 ; § 235, texte n° 2.

[3] Une pareille renonciation peut, selon les circonstances, résulter de la convention dont parle l'art. 2089. Zachariæ, § 439, *a*, texte et note 5. Voy. en sens contraire : Pont, II, 1252.

dès qu'il a été intégralement payé de sa créance. Art. 2087, al. 1. Il ne serait pas autorisé à le retenir pour sûreté d'une nouvelle dette contractée par le débiteur, si ce dernier lui offrait le paiement de celle à l'occasion de laquelle l'antichrèse a été constituée[4].

L'action personnelle aux fins de restitution de l'immeuble donné en antichrèse est imprescriptible, tant que la dette garantie n'a pas été acquittée[5]. Et, même après le paiement, le débiteur conserve indéfiniment son action en revendication contre le créancier, à moins que le titre de la possession de ce dernier n'ait été interverti conformément à l'art. 2238[6].

CHAPITRE II

DES QUASI-CONTRATS

§ 440.

Notion des quasi-contrats.

Les quasi-contrats sont des faits licites et volontaires, d'où résultent, de plein droit, soit des obligations unila-

[4] Pont, II, 1245. Zachariæ, § 439 *a*, note 6. Caen, 2 janvier 1846, Sir., 47, 2, 399. Voy. en sens contraire : Duranton, XVIII, 563 ; Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, v° Antichrèse, n° 29 ; Troplong, n° 549. Ces auteurs, en partant de l'idée qu'il existe une similitude parfaite entre la position du créancier avec antichrèse, et celle du créancier gagiste, étendent, par analogie, à l'hypothèse dont il est actuellement question, la disposition du second alinéa de l'art. 2082. Mais les textes résistent d'une manière trop formelle à cette extension, pour qu'il soit permis de l'admettre. D'une part, en effet, l'art. 2090 ne déclare communes à l'antichrèse, que les dispositions des art. 2077 et 2083, sans faire aucune mention de l'art. 2082. D'autre part, l'art. 2087 ne reproduit pour l'antichrèse que la disposition du premier alinéa de ce dernier article. En présence de ces textes, on peut dire, avec certitude, que les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas eu l'intention d'accorder au créancier avec antichrèse, le droit de rétention établi, en faveur du créancier gagiste, par le second alinéa de l'art. 2082.

[5] Arg. art. 2257. Cpr. § 435, texte *in fine*, et note 2. Pont, II, 1247.

[6] Arg. art. 2231 et 2236. Bélime, *De la possession*, n° 122. Pont, *loc. cit.* Bastia, 2 février 1857, Sir., 57, 2, 129. Voy. en sens contraire : Troplong, *De la prescription*, II, 480.

térales pour la personne qui en est l'auteur, soit des obligations réciproques entre cette personne et celle à laquelle ces faits ont causé un préjudice, ou apporté un avantage. Art. 1370 et 1371 [1 *bis*].

[1 *bis*. Cette définition classique, empruntée littéralement aux art. 1370 et 1371, est aujourd'hui, et à juste titre, très critiquée. Voy. surtout Vizioz, *La notion de quasi-contrat*, 1912, 8°. — Sans vouloir greffer sur le présent §, à la fin de la matière des obligations, une théorie d'ensemble de leurs sources, ou plutôt les observations que l'état actuel de la doctrine obligerait à y ajouter, je dois cependant faire remarquer ici que la notion de quasi-contrat, considérée comme une notion générale et précise, dont tous les éléments essentiels se retrouveraient dans une série d'opérations juridiques d'aspect et de but divers, également susceptibles d'être ainsi dénommées, ne résiste pas à l'examen. Autrement dit, il n'y a pas dans le quasi-contrat une source originale et distincte des obligations, comparable au contrat et au délit : les obligations *quæ quasi ex contractu nascuntur* n'ont pas de trait général et commun qui en fasse un groupe distinct comme les obligations qui naissent d'un contrat et comme celles qui naissent d'un délit. Si, dans toutes les obligations *quæ quasi ex contractu nascuntur*, le débiteur est tenu *lege*, il n'est pas vrai de dire qu'il soit toujours tenu *lege* à raison d'un fait volontaire et licite dont il est l'auteur ou dont son créancier est l'auteur. Cpr. seulement le § 442 *bis*. S'il est tenu *lege*, c'est pour des raisons qui varient avec les différentes hypothèses de quasi-contrat, et cette doctrine se traduit pratiquement, sur le terrain du conflit des lois, — où l'explication juridique de toute institution de droit interne a pour effet de soumettre cette institution à l'empire d'une loi déterminée, — par l'application de lois différentes aux différentes hypothèses de quasi-contrat. Cpr. § 441 note 3 *ter*. — M. Vizioz a minutieusement fait l'histoire de cette notion purement verbale de quasi contrat depuis le droit de Justinien, où elle apparaît pour la première fois (le texte célèbre de Gaïus, le fr. 5, Dig., *de oblig. et action.*, 44, 7, ayant été interpolé par l'addition des mots *proprio jure*, qui sont seuls à impliquer, dans ce texte, la notion de quasi-contrat comme on l'entendait au temps de Justinien), jusqu'aux textes du Code civil, en passant par l'analyse des ouvrages de l'école prébolonaise du haut moyen âge, et de l'école bolonaise, qui l'introduisirent et l'acclimatèrent en Europe, l'exposé des discussions des humanistes du XVI^e^ siècle, qui songèrent les premiers à mettre à la base de cette notion de quasi-contrat, restée informe et imprécise, une fiction de consentement des obligés, développée, mais non pas inventée, par Heinaccuis, précisée enfin, mais considérablement réduite dans ses applications, par Doneau. Ni les jurisconsultes coutumiers, ni les canonistes, n'y ajoutèrent rien. Domat s'en dégagea, en rejetant par prétérition la terminologie qui la traduisait. C'est Pothier qui la reprit, en concluant d'ailleurs à une liste pratiquement illimitée des quasi-contrats, et c'est de là qu'elle a passé, avec la même imprécision et la même faiblesse, dans le Code civil.]

Le Code Napoléon ne traite spécialement que des quasi-contrats de gestion d'affaires et de réception du paiement de l'indû.

Cependant l'administration d'un objet particulier, qui appartient par indivis à plusieurs personnes entre lesquelles il n'existe pas de contrat de société, présente, lorsqu'elle est gérée sans mandat par l'un des copropriétaires de cet objet, tous les caractères d'un quasi-contrat, même au point de vue où se sont placés les rédacteurs du Code [1].

Quant aux autres quasi-contrats dont s'occupe le Droit romain [2], ils rentrent, d'après la classification du Code, dans la catégorie des obligations légales.

I. *De la gestion d'affaires.*

Sources. *Code Napoléon*, art. 1372-1375. Les dispositions de ces articles sont, à quelques modifications près, empruntées au Droit romain. — Bibliographie. *Du quasi-contrat negotiorum gestorum*, par Pothier. Ce traité fait suite à celui du mandat. *Traité sur les engagements qui se forment sans convention et sur le contrat de mariage*, par J.-B. Carrier, Paris, 1819, in-8°. *Du mandat, de la commission et de la gestion d'affaires*, par Domenget; Paris, 1862, 2 vol. in-8°.

§ 441.

1° Toute personne [1 *bis*], capable de contracter [1], qui, sans mandat [2], exprès ou tacite, entreprend volon-

[1] Les engagements qui résultent de ce quasi-contrat se règlent, par analogie, d'après les principes relatifs à l'administration des affaires sociales par l'un des associés, modifiés, suivant les circonstances, par ceux de la gestion d'affaires. Cpr. § 221. [Voy. dans le sens de la règle posée au texte, Montpellier, 20 avril 1896, sous Cass., 1er juillet 1901, Sir., 05, 1, 510.]]

[2] Cpr. *Inst. de obligat. quasi ex cont.* (3, 27).

[1 *bis*. Ceci est de nature à s'appliquer aux notaires, notamment dans les prêts qu'ils font des deniers de leurs clients. Cpr. en ce qui concerne leur responsabilité de ce chef : Cass., 9 juillet 1872, Sir., 72, 1, 388. Cass., 20 nov. 1876, Sir., 78, 1, 273. Rennes, 18 mai 1887, sous Cass., 28 mai 1888, Sir., 89, 1, 78. Cass., 2 mai 1892, Sir., 92, 1, 304. Orléans, 22 juillet 1892, Sir., 95, 2, 102. Douai, 11 mars 1895, Sir., 95, 2, 200. Angers, 18 mars 1896, Sir., 97, 2, 158. Pau, 6 juin 1898, Sir., 98, 2, 300. Amiens, 25 janvier 1899,

Sir., 00, 2, 199. Cass., 19 mars 1894, Sir., 98, 1, 318. Cass., 3 avril 1901, Sir., 01, 1, 352. Cass., 28 octobre 1908, Sir., 09, 1, 254. Voy. en particulier pour l'émolument du notaire considéré comme *negotiorum gestor* : Cass., 17 octobre 1893, Sir., 94, 1, 32. Le notaire, considéré comme *negotiorum gestor*, n'est pas tenu au secret professionnel, Montpellier, 31 déc. 1894, Sir., 97, 2, 169, note Roux.]

[1] Les incapables, par exemple, le mineur et la femme mariée non autorisée, qui s'immiscent aux affaires d'autrui, ne sont pas soumis aux obligations qui résultent du quasi-contrat de gestion d'affaires. Ils peuvent seulement être recherchés, le cas échéant, soit par l'action *de in rem verso*, soit en vertu des art. 1382 et suiv. L. 3, § 4, D. *de neg. gest.* (3, 5). Pothier, *De la puissance du mari*, n° 50. Delvincourt, I, p. 162 et 163. Voy. en sens contraire : Toullier, IX, 39 et 40 ; Duranton, II, 497, XIII, 662 et 663 ; Larombière, *Des obligations*, V, art. 1374, n° 9 ; Zachariæ, § 441, texte et note 1re. On dit, à l'appui de cette dernière opinion, qu'au point de vue du dommage causé par le gérant, l'immixtion aux affaires d'autrui constitue un véritable quasi-délit. Il y a, dans cette assertion, une singulière confusion d'idées. Un incapable peut sans doute, en s'immisçant aux affaires d'autrui, commettre des quasi-délits ou des délits ; et, dans ce cas, il sera évidemment passible de dommages-intérêts, en vertu des art. 1382 et 1383. Mais telle n'est pas notre question. Il s'agit de savoir si, en s'immisçant aux affaires d'autrui, un incapable se soumet à toutes les obligations résultant du quasi-contrat de gestion d'affaires, et notamment à celle de continuer la gestion qu'il a entreprise, ou à celle de répondre d'un défaut de soins qui ne dégénérerait pas en quasi-délit. Or, la négative de la question ainsi posée nous paraît incontestable : l'incapable ne peut pas plus, par son propre fait, s'obliger quasi-contractuellement, qu'il ne peut s'engager conventionnellement. [Ce n'est pas à dire que cette solution soit à l'abri de la critique. Il y a en effet une grande différence entre la situation de l'incapable qui prétend contracter, et celle de l'incapable qui s'est immiscé aux affaires d'autrui. Dans le premier cas, il y a toujours lieu de craindre que la personne qui traite avec l'incapable ne cherche à profiter de son inexpérience et de sa faiblesse, et on comprend dès lors que la loi frappe de nullité les engagements auxquels il a pu se laisser entraîner. Mais dans le second cas, la situation est bien différente : l'incapable n'est pas exposé aux manœuvres du maître, et on s'explique mal que ses engagements soient frappés de nullité. Au fond, la gestion d'affaires n'est interdite à l'incapable que parce que la doctrine classique est partie de cette idée que les obligations du gérant d'affaires ont pour origine un acte de sa volonté. Mais justement cela est très contestable (voy. la note 3 *ter infra*). C'est donc un système, peu sûr en lui-même, de classification des sources des obligations, qui a imposé ici une exigence que les faits n'imposaient pas. E. B.]

[2] Les actes faits par un mandataire en dehors des limites de son mandat doivent être considérés comme constituant une gestion d'affaires. Pothier, n° 177. Larombière, *Des obligations*, V, art. 1372 et 1373, n° 3. Il en est de même des actes faits en exécution d'un mandat donné par une personne autre que celle dont l'affaire a été gérée. Caen, 13 avril 1866, Sir., 67, 2, 56.

tairement [3] la gestion d'une affaire d'autrui, [de nature à être ainsi gérée [3] *bis*], se soumet, par suite de ce fait, envers celui que l'affaire concerne, à toutes les obligations que l'acceptation d'un mandat impose au mandataire [[3] *ter*].

[3] La gestion de celui qui administre les affaires d'autrui par suite de quelque obligation légale, par exemple, celle du tuteur, n'est pas une gestion d'affaires proprement dite, d'après les principes du Code Napoléon. Cpr. § 440.

[[3] *bis*. Il y a des actes juridiques que le gérant d'affaires ne saurait faire en cette qualité, par exemple, la réquisition de mise aux enchères de l'art. 2185. Voy. § 294[6], note 53 *in fine*.]

[[3] *ter*. Cette définition de MM. Aubry et Rau, qui résume la doctrine classique en matière de gestion d'affaires, a pour caractère essentiel d'assigner comme source aux obligations du gérant comme à celles du maître, un acte de volonté du gérant. La gestion d'affaires présente ainsi le double trait distinctif de l'unité d'origine des deux séries d'obligations qu'elle fait naître et de l'identité de son domaine avec celui du mandat (Cpr. § 410, texte et notes 2 et 2 *bis*). Cette conception est très critiquée aujourd'hui. Il faut reconnaître que le principe sur lequel elle repose n'est guère en harmonie avec la solution donnée texte et note 9 (cpr. texte et note 15). D'autre part, sa conséquence la plus importante, celle qui est relative à la capacité du gérant, n'est pas à l'abri de toute critique. Voy. l'addition à la note 1 *supra*. Sans m'associer d'ailleurs à celle qu'on peut faire de l'assimilation du domaine de la gestion d'affaires à celui du mandat, et tout en maintenant cette assimilation (cpr. Planiol, II, n° 2274, et note sous l'arrêt de la Cour de cassation du 16 juillet 1890, Dall., 91, 1, 49), je pense qu'il y a lieu de revenir sur la thèse de l'unité d'origine des obligations du gérant et de celles du maître. Ces obligations dérivent pour moi de deux sources différentes : celle du maître est purement légale, celle du gérant résulte à la fois de la loi et d'un acte de sa volonté. Ce n'est naturellement pas là une question de mots. Sur le terrain du conflit des lois je comprendrais difficilement que ces obligations dépendissent d'une loi unique, celle du gérant, celle du maître, ou celle du lieu de la gestion. Sans vouloir ici prendre un parti ferme sur des questions qui ne se sont guères présentées jusqu'à présent dans la pratique, et pour lesquelles nous manquons dès lors d'une base solide de discussion, j'indique simplement que, si l'on peut ramener à l'empire d'une loi unique l'obligation unilatérale née de la *gestio in rem* (voy. § 573, note 9 *in fine*), si voisine de la gestion d'affaires, les obligations opposées qui naissent de la gestion d'affaires me paraissent dépendre des deux lois différentes qui régissent la personne des parties, je ne dis pas dans quelle mesure, mais sans qu'il y ait lieu jamais de tenir compte de la loi du lieu de la gestion : à supposer d'ailleurs, dans cette dernière doctrine, qu'il soit aussi aisé de déterminer le lieu de la gestion, qui suppose le plus souvent une succession d'actes qui

Il est indifférent, pour l'application de cette règle, que le gérant, croyant faire l'affaire de telle personne, ait en réalité fait celle d'une autre personne qu'il n'avait pas en vue[4]. Il importe également peu, qu'il ait agi par des motifs d'intérêt purement personnels ou en considération de l'intérêt du maître de l'affaire[5], et que ce dernier ait eu ou non connaissance de la gestion[6]. Art. 1372, al. 2.

Le gérant d'affaires est tenu de continuer la gestion jusqu'à ce que le maître de l'affaire ou ses héritiers soient en état d'en prendre eux-mêmes la direction. Art. 1372, al. 1, et 1373.

Il est également tenu d'apporter à la gestion, tous les soins d'un bon père de famille. Art. 1374, al. 1. Néanmoins, les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire, peuvent autoriser le juge à modérer les dommages-intérêts qui résulteraient des fautes ou de la négligence du gérant[7]. Art. 1374, al. 2.

Enfin, il doit rendre compte de sa gestion ; et les dispo-

peuvent se réaliser en des pays différents, qu'il est aisé de déterminer, toutes choses égales d'ailleurs, le lieu de formation de cet acte isolé qu'est un contrat. E. B.]

[4] L. 5, § 1, L. 45, § 2. D. *de neg. gest.* (3, 5). Pothier, n° 194. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1372-1373, n° 7. Colmet de Santerre, V, 349 *bis*, VI.

[5] L. 6. § 3, D, *de neg. gest.* (3, 5). [Req., 18 juin 1872, sous Aix, 20 décembre 1888, Sir., 90, 2, 25, et la note Naquet. — La cour de Lyon, 2 février 1884, et sur pourvoi, la Cour de cassation (Civ. rej., 8 juin 1886, Sir., 88, 1, 481, note Petiet) ont admis, par application de la règle formulée au texte, que le jugement obtenu par un créancier chirographaire vérifié de la faillite, contre un prétendu créancier privilégié du même débiteur, profite à la masse, ce prétendu créancier privilégié n'ayant pas mis en cause le syndic, et ayant, par là même, accepté le créancier chirographaire demandeur comme représentant de la masse créancière, et comme agissant dans l'intérêt de celle-ci comme dans le sien. Nous pensons, avec M. Petiet, que cette solution, consacrant, dans une hypothèse où le prétendu gérant d'affaires n'avait eu en vue que son intérêt, une présomption de gestion d'affaires qui n'a aucun appui dans la loi, dépasse la règle que nous formulons au texte. Cpr. § 769, notes 49 et suiv.]

[6] En Droit romain, le maître d'une affaire qui, ayant connaissance de la gestion de cette affaire par un tiers, ne s'y opposait pas, était considéré comme lui ayant donné mandat. Voy. § 411, note 2.

[7] Cpr. sur la responsabilité du gérant d'affaires : Metz, 5 décembre 1855, Sir., 56, 2, 478 ; Toulouse, 9 juillet 1859, Sir., 2, 407.

sitions de l'art. 1996 lui sont applicables aussi bien qu'au mandataire [8].

Le maître de l'affaire a, pour exiger l'accomplissement des diverses obligations du gérant, l'action *negotiorum gestorum directa*.

Cette action doit, par extension, être accordée contre celui qui a géré une affaire d'autrui, que, par erreur, il croyait la sienne propre [9].

2° Toute personne, même incapable de contracter [10],

[8] Toullier, XI, 44 et 45. Duranton, XIII, 667. Colmet de Santerre, V, 352 *bis*, IV. Nancy, 31 janvier 1833, Sir., 34, 2, 603. [Cass., 12 mai 1890, Sir., 90, 1, 468.] Voy. cep. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1375, nos 19 et 20.

[9] Pothier, n° 185. Duranton, XIII, 648. Larombière, *op cit.*, art. 1372-1373, n° 18. Cpr. L. ult., D. *de neg. gest.* (3, 5); texte et note 17, *infra*. [Cette solution s'explique d'ailleurs difficilement dans la doctrine classique, qui fait reposer les obligations du gérant, comme celles du maître, sur la volonté du gérant. Voy. la note 3 *ter supra*.]

[10] Pothier, nos 173 et 224. Merlin, *Rép.*, v° Quasi-contrat, n° 5. Favard, *Rép.*, v° Quasi-contrat, n° 8. Toullier, XI, 39. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1375, n° 23. Zachariæ, § 441, texte et note 8. [Aix, 20 déc. 1888, Sir., 90, 2, 25. La note de M. Naquet relève, très exactement selon nous, le caractère un peu aventureux de la formule émise sur ce point par la cour d'Aix.] Cpr. § 335, texte *in fine*, n° 4 ; § 472, texte n° 3. [Il suit de la règle posée au texte que la commune qui a profité de fournitures à elle faites, même sans avis préalable du conseil municipal, est tenue, par application des principes de la gestion d'affaires et dans la mesure de l'utilité qu'elle a retirée desdites fournitures, envers le fournisseur. Req. 19 décembre 1877. Sir., 78, 1, 57. Alger, 26 mai 1894, Sir., 96, 2, 267. — On rapprochera de ces arrêts un autre arrêt de la chambre des requêtes, du 12 déc. 1881, Sir., 82, 1, 353, aux termes duquel le tiers dont le traité par lui passé avec une commune est venu à expiration, et qui continue à en remplir les obligations, vis-à-vis de ladite commune, peut être considéré comme ayant utilement géré l'affaire de celle-ci. — Dans ces différentes hypothèses, l'appréciation de l'utilité que la commune a retirée des faits constitutifs de la gestion reste de la compétence de l'autorité judiciaire. Req. 12 déc. 1881, précité. Grenoble, 1er février 1886 et Chambéry, 13 août 1891, Sir., 95, 1, 185, note. — Au contraire, s'agissant d'une fabrique, sous le régime du Concordat, la chambre civile de la Cour de cassation, tout en admettant l'application des règles de la gestion d'affaires au profit du tiers qui a procuré un avantage à ladite fabrique, renvoie à l'autorité administrative l'appréciation de la convenance et de l'utilité de la dépense faite par celui-ci. Civ. cass., 6 juin 1893, Sir., 95, 1, 185 (note critique, sur ce point, de M. Hauriou, qui n'accepte la solution que pour le cas où il s'agirait, comme dans l'espèce susvisée, de l'exécution

dont l'affaire a été gérée par un tiers, à qui elle n'avait pas donné de mandat, est soumise aux obligations que l'exécution du mandat impose au mandant, pourvu que son affaire ait été gérée utilement [11].

Le gérant est donc, dans cette supposition, autorisé à répéter l'intégralité des dépenses que la gestion lui a occasionnées [11 *bis*], avec intérêts à partir du jour de ses avances [12], et à exiger que le maître de l'affaire le

de travaux publics, et qui propose de restreindre à cette mesure la formule plus large des considérants de l'arrêt.)]

[11] Le gérant d'affaires ne peut donc pas invoquer la disposition du deuxième alinéa de l'art. 1999. Delvincourt, sur l'art. 1375. Zachariæ, texte et note 9.

[11 *bis*. La formule dont nous nous servons au texte peut être invoquée vis-à-vis de la faillite du maître de l'affaire, par le gérant, dont la gestion, antérieure au jugement déclaratif de faillite, ne l'est cependant pas à la cessation des payements. Le gérant est réputé, en pareil cas, avoir géré l'affaire de la faillite. Cass., 22 février 1888, Sir., 90, 1, 535.]

[12] L. 18, C. *de neg. gest.* (2, 19). Delvincourt, III, p. 447. Duranton, XIII, 674. Troplong, *Du mandat*, n° 620. Marcadé, sur l'art. 1375, n° 2. Toullier, IV, 583. Pont, *Des petits contrats*, I, 1098. Civ. cass., 23 mars 1819, Sir., 19, 1, 327. Paris, 26 novembre 1864, Sir., 65, 1, 53. Pau, 30 novembre 1869, Sir., 70, 2, 85. [Rennes, 12 février 1880, Sir., 81, 2, 53. Cass., 4 août 1897, Sir., 98, 1, 446.] Cpr. Req. rej., 22 janvier 1833, Dalloz, 1833, 1, 216 ; Req. rej., 7 novembre 1864, Sir., 65, 1, 74 ; Req. rej., 6 novembre 1865, Sir., 66, 1, 53. Voy. en sens contraire : Domenget, II, 1337. Colmet de Santerre, V, 354 *bis*, II, ; Civ. rej., 7 novembre 1825, Dalloz, 1826, 1, 17; Lyon, 13 janvier 1849, Sir., 49, 2, 108; Lyon, 29 janvier 1870, Sir., 70, 2, 152. Dans ce système, les intérêts des avances faites par le *negotiorum gestor* ne lui seraient dus que du jour de la demande, conformément à l'art. 1153, par le motif qu'à la différence de ce qui a lieu en matière de mandat (art. 2001), l'art. 1375 ne les fait pas courir de plein droit. Mais, quelque grave que soit cette argumentation, nous ne la croyons cependant pas décisive. Toute la théorie du quasi-contrat de gestion d'affaires repose sur des raisons d'équité et d'utilité publique. Or, ces raisons veulent que, lorsque l'affaire a été utilement gérée, le gérant sorte complètement indemne de la gestion, ce qui évidemment n'aurait pas lieu, si les intérêts des sommes qu'il a avancées, et dont il aurait pu tirer profit, ne lui étaient pas bonifiés à partir du jour de ses avances. D'ailleurs, l'assimilation établie par les art. 1372, al. 2, et 1375, entre le mandat et la gestion d'affaires, en ce qui concerne les obligations réciproques que l'un et l'autre engendrent, conduit au même résultat : et le système contraire à celui que nous défendons, introduirait une véritable inconséquence dans les dispositions de la loi. En effet, si le maître dont l'affaire a été utilement gérée est, comme le mandant, tenu

fasse décharger ou l'indemnise de tous les engagements personnels qu'il a pris. Il jouit, à cet effet, de l'action *negotiorum gestorum contraria* [et du droit de rétention qui est attaché à la créance qu'elle sanctionne [12] *bis*]. Art. 1375. [Mais là s'arrête son droit [12] *ter*.]

La disposition de l'art. 2002 ne saurait, en principe, être étendue du mandat à la gestion d'affaires [13].

Pour savoir si la gestion a été utile au maître, il faut se reporter au temps où elle a été entreprise. On doit donc accorder au gérant, la répétition des dépenses qui ont été utilement faites au moment où elles ont eu lieu, quoique, par suite de circonstances imprévues, l'avantage qui devait en résulter ne se soit pas réalisé, ou qu'il ait cessé [14].

de remplir les engagements contractés en son nom, et d'indemniser le gérant des engagements personnels qu'il a pris, sans qu'il y ait lieu de distinguer, sous ces deux rapports, entre le principal et les intérêts, il n'existe aucun motif pour admettre une pareille distinction quant au remboursement des sommes avancées par le gérant. Ces diverses considérations autorisent à dire que, dans le sens de l'art. 1375, et d'après l'esprit dans lequel il a été rédigé, le remboursement des avances faites par le gérant comprend virtuellement la bonification des intérêts. Cpr. Larombière, *op. cit.*, V. art. 1375, n° 17. Cet auteur n'admet le gérant d'affaires à réclamer l'intérêt de ses avances qu'à charge de prouver qu'il aurait pu employer utilement les fonds par lui avancés, soit à l'extinction d'une dette personnelle, soit à un placement productif. Mais la possibilité d'un pareil placement ne se trouve-t-elle pas d'ores et déjà suffisamment établie par la situation économique et financière de notre société actuelle?

[12 *bis*. Voy. § 256 *bis*, note 7. *Adde*, Cass., 25 janvier 1904, Sir., 10, 1, 142.]

[12 *ter*. Il ne saurait prétendre à une rémunération lucrative. Cpr. art. 1986. — Aix, 20 déc. 1888, Sir., 90, 2, 25.]

13 Larombière, *op. cit.*, V, art. 1375, n° 22. Zachariæ, § 441, note 9. Civ. rej., 8 janvier 1862, Sir., 62, 1, 479. Cpr. Req. rej., 11 février 1834 Sir., 34, 1, 713.

14 L 10, § 1, D *de neg. gest.* (3, 5). Pothier, n°s 221 et 222. Delvincourt, sur l'art. 1375. Toullier, XI, 375. Duranton, XIII, 671. Marcadé, sur l'art. 1375, n° 1. Colmet de Santerre, V, 354 *bis*. I. Zachariæ, § 441, note 9 *in fine*. — Sous ce rapport, l'action *negotiorum gestorum contraria* diffère de celle *de in rem verso*. Dans cette dernière, en effet, il faut, pour savoir si le défendeur se trouve enrichi aux dépens du demandeur, considérer uniquement le temps où la demande est formée. Cpr. § 576, texte *in fine*.

Celui qui s'est immiscé aux affaires d'autrui dans des vues d'intérêt personnel, ne jouit pas de l'action *negotiorum gestorum contraria*. Il ne peut, le cas échéant, répéter ses déboursés, que jusqu'à concurrence de la somme dont le maître de l'affaire se trouve enrichi au moment de la demande [15]. Il ne jouirait même pas de l'action *de in rem verso*, si, sans véritable immixtion dans les affaires d'une autre personne, il avait procuré à celle-ci quelque avantage indirect, par suite, par exemple, de travaux entrepris sur son propre fonds [16].

L'action *negotiorum gestorum contraria* ne compète pas davantage à celui qui a fait l'affaire d'autrui, croyant ne faire que la sienne propre [17], à moins que le maître de l'affaire n'ait eu connaissance de la gestion [18].

[Mais elle est évidemment donnée à celui qui a entendu

[15] C'est l'action *de in rem verso*, et non l'action *negotiorum gestorum contraria*, qui est ouverte en pareil cas. L. 6, § 3, D. *eod. tit.* Pothier, nos 190 et 193. Duranton, XIII, 649. Larombière, *op. cit.*, V. art. 1375, nos 16. Colmet de Santerre, V, 849 *bis*, V. Zachariæ, § 441, texte et note 4.

[16] Larombière, *op. cit.*, V, art. 1372 et 1373, n° 8. Grenoble, 12 août 1836, Sir., 37, 2, 330. Req. rej., 6 novembre 1838, Sir., 39, 1, 160.

[17] *Nec obstat* L. ult., D. *eod. tit.* Thibaut, *System des Pandecten-Rechts*, § 971. Larombière, *op. cit.*, V, art 1375, n° 16. Voy. en sens contraire : Duranton, XIII, 648 ; Marcadé, sur l'art. 1375, n° 3. [Cass., 16 juillet 1890, Dalloz, 1891, 1, 49. Cpr. sur cet arrêt, § 578, addition à la note 9.] — Pothier (n° 189) paraît aussi accorder, dans ce cas, l'action *negotiorum gestorum contraria*. Mais les explications que donne cet auteur prouvent qu'il n'a eu réellement en vue qu'une action *de in rem verso*. Et nous ne voyons pas que, dans le cas dont il s'agit, on puisse admettre, à la charge du maître, l'existence d'un quasi-contrat de gestion d'affaires, qui, sous ce rapport, suppose de la part du gérant la volonté de faire l'affaire d'autrui. [Mais nous admettrions nous-mêmes, en pareil cas, pourvu d'ailleurs que les conditions de droit commun de la *versio in rem* fussent réunies, l'action *de in rem verso*, au profit, tout au moins, du prétendu gérant d'affaires. Nous ne l'admettrions pas au profit du tiers avec lequel le gérant d'affaires a traité. Voy. § 578, note 9 *decies*. *Adde* : Paris, 26 juin 1899, Sir., 01, 2, 167. Cpr. cep. l'arrêt précité de la Cour de cassation du 16 juillet 1890, Dalloz, 1891, 1, 49.]

[18] Cette circonstance doit produire, contre le maître de l'affaire, au moins autant d'effet qu'en produirait, malgré son ignorance, la circonstance que la gestion aurait été entreprise par le gérant en connaissance de cause.

faire l'affaire d'autrui en même temps qu'il faisait la sienne propre [18] *bis*.]

Celui qui s'est ingéré dans les affaires d'une personne contre sa défense formelle n'a, en général, aucune action pour répéter ses déboursés [19]. Il en serait cependant autrement, s'il était établi qu'il avait, pour s'y immiscer, un intérêt légitime, même d'affection seulement, ou d'honneur de famille, et qu'il l'a fait d'ailleurs sans aucun esprit de libéralité.

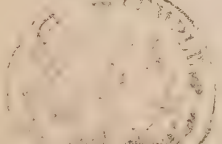
Quelles que soient, au surplus, les circonstances dans lesquelles une personne s'est immiscée aux affaires d'autrui, la ratification donnée par le maître de l'affaire [[19] *bis*] équivaut à un mandat, et soumet ce dernier, envers le gérant, à toutes les obligations qui naissent de ce contrat [20].

[[18] *bis*. Cpr. note 5 *supra*. Cass., 19 juin 1872, sous Aix, 20 déc. 1888 Sir., 90, 2, 25. Cass., 18 mars 1890, Sir., 93, 1, 135. Montpellier, 20 avril 1896, sous Cass., 1er juillet 1901, Sir., 05, 1, 510 (hypothèse du batteur de tapis, qui fait la déclaration de sinistre dans le délai prescrit, tant pour lui que pour ceux dont il a les tapis en garde). — Cpr. pour l'analyse du droit de propriété littéraire : Comm. Seine, 4 juin 1896, Sir., 99, 2, 217, et la note de M. Esmein.]

[19] C'est dans ce sens que Justinien (L. ult., C. *de neg. gest.*, 2, 19) a décidé cette question, qui était controversée parmi les anciens jurisconsultes. Nous avons cru devoir adopter cette décision, malgré l'opinion de Pothier, qui soutient qu'elle est contraire à nos mœurs, comme étant en opposition avec la maxime *Nemo ex damno alterius locupletior fieri debet*. Cette maxime, en effet, est d'autant moins applicable à l'hypothèse dont il s'agit, qu'il paraît difficile de supposer à celui qui s'immisce aux affaires d'autrui contre la défense formelle du maître, d'autre intention que celle de gratifier ce dernier, et que tout au moins on doit, en général, le considérer comme ayant renoncé à toute action en répétition. Toullier, XI, 55. Favard, *Rép.*, v° Quasi-contrat, § 7. Duranton, XII, 19. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1375, n° 4 ; Colmet de Santerre, V. 175 *bis*, XI, et 349 *bis*, IV ; Larombière, *op. cit.*, V, art. 1375, n° 24. Cpr. aussi Troplong, *Du cautionnement*, n° 329 ; Mourlon, *De la subrogation*, p. 207 et suiv. [Voy. comme application : Cass., 5 avril 1882, Sir., 83, 1, 31.]

[[19] *bis*. Cette ratification est régie par l'art. 1998, et non par l'art. 1338. Cass., 12 mars 1889, Sir., 89, 1, 249. Cpr. § 415, note 4.]

[20] Req. rej., 11 février 1834, Sir., 34, 1, 713. Req. rej., 7 novembre 1864, Sir., 65. 1, 74. Req. rej., 5 novembre 1865, Sir., 66, 1, 53. [Cass., 4 août 1897, Sir., 98, 1, 446.]



[D'ailleurs, la qualification de préposé du maître dont l'affaire a été gérée, qui aurait été donnée, dans un acte administratif, au gérant d'affaires, par le tiers avec lequel celui-ci a traité dans l'intérêt du maître, ne ferait pas obstacle, au point de vue civil, à l'application des règles de la gestion d'affaires entre le gérant et le maître de l'affaire [20] *bis*.]

3° Les rapports qui s'établissent entre le maître de l'affaire et le gérant, d'une part, et les tiers avec lesquels ce dernier contracte, d'autre part, sont régis par des principes analogues à ceux qui concernent les rapports des tiers avec le mandant et le mandataire. Toutefois, le maître ne peut être engagé envers les tiers, comme envers le gérant lui-même, qu'autant que son affaire a été administrée dans son intérêt et d'une manière utile, ou qu'il a ratifié les actes du gérant [21]. Art. 1375, et arg. de cet article.

2. *De l'action en répétition naissant du paiement de l'indu; et, accessoirement, des autres actions en répétition qui s'y rattachent.*

Sources. *Code Napoléon*, art. 1376-1381. Les dispositions de ces articles sont, en général, tirées du Droit romain. — Bibliographie. Pothier, *Traité du quasi-contrat appelé promutuum, et de l'action condictio indebiti*, faisant suite au *Traité du prêt de consomption*, n°s 140 et suiv.

§ 442.

[*De l'action en répétition de l'indu proprement dite (condictio indebiti).*

Celui qui a [effectivement [1] *bis*] payé par erreur ce qu'il ne devait pas, est autorisé à répéter, [toutes choses

[20] *bis*. Req., 29 février 1876, Sir., 76, 1, 215.]

[21] Marcadé, sur l'art. 1375, n° 2. Colmet de Santerre, V. 354 *bis*, IV et V. [Cpr. Poitiers, 19 mars 1906, Sir., 07, 2, 161.]

[1] *bis*. Cass., 28 déc. 1885, Sir., 87, 1, 289 (note critique de M. Labbé sur la formule des considérants). Le gérant d'affaires de l'acheteur en faillite, qui a payé de ses deniers l'immeuble acheté par celui-ci, a seul

égales d'ailleurs [1] *ter*], *condictione indebiti*, [de celui qui a effectivement reçu [1] *quater*], ce qu'il a payé, soit que la dette qu'il a eu l'intention d'acquitter n'existât pas, soit que cette dette fût due par une autre personne, ou à une autre personne [1]. Art. 1376 et 1377.

[Au cas où le prétendu débiteur aurait été condamné à payer ce qu'il ne doit plus à la date de la poursuite dirigée contre lui, et où il aurait exécuté la condamnation, il pourrait, par la voie de la *condictio indebiti*, se prévaloir de la quittance libératoire dont il était en possession lors de la condamnation prononcée contre lui [1] *quinquies*.]

[Ses créanciers peuvent exercer l'action, sur le fondement de l'art. 1166 [1] *sexies*.]

[La *condictio indebiti* est essentiellement divisible, alors même que, s'agissant du payement d'une dette réellement existante, mais qui en excèderait le mon-

qualité pour agir en restitution du prix contre le vendeur, *condictione indebiti*, en cas de résolution de la vente, qui fait disparaître, sinon peut-être la gestion d'affaires, comme le dit la Chambre civile, du moins la cause du paiement. Cpr. cep. pour une hypothèse différente, où la *condictio indebiti* est exercée par une autre personne que celle qui a effectivement payé : Req. 24 avril 1907, Sir., 07, 1, 447.]

[1 *ter*. Cpr. Cass., 17 octobre 1894, Sir., 94, 1, 488. (Le saisi ne saurait agir *condictione indebiti* contre le créancier hypothécaire qui a touché sur le prix de l'immeuble exécuté, en vertu d'un bordereau de collocation, à lui délivré à la suite d'un ordre définitivement clos sans opposition. Code de procédure, art. 756. C. Civ. art. 1371).]

[1 *quater*. Cpr. Civ. cass., 13 juillet 1881, Sir., 83, 1, 302 (Le voiturier, qui, sur l'action en garantie du commissionnaire, a été condamné à payer, et a effectivement payé, au destinataire du colis égaré ou avarié, l'indemnité correspondante, ne peut recourir, *condictione indebiti*, en cas de réformation, sur cassation, de l'arrêt de condamnation, que contre le destinataire du colis).]

[1] Cette hypothèse, virtuellement comprise dans la disposition de l'art. 1376, est formellement prévue par les lois romaines. « *Indebitum est non tantum quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, et alii solvatur.* » L. 65, § ult., D. *de cond. ind.* (12, 6). Cpr. L. 26, § 11, D. *eod. tit.* ; L. 8, C. *de cond. ind.* (4, 5). Voy. cep. art. 1240. Toullier, XI, 821. Larombière, *Des obligations*, V. art. 1376, n° 4.

[1 *quinquies*. *Non obstat* art. 1351. Cass., 5 août 1873, Sir., 71, 1, 364.]

[1 *sexies*. Cass., 6 nov. 1871. Sir., 71, 1, 188. Cpr. § 312, texte n° 2.]

tant légitime, ladite dette serait elle-même indivisible [1] *septies.*]

1° *Des conditions générales auxquelles se trouve subordonnée l'action en répétition de l'indu.*

L'admission de la *condictio indebiti* est subordonnée à une double condition.

Il faut, en premier lieu, que le paiement ait été fait par erreur [2]. Le paiement de l'indu fait en connaissance de cause ne donne lieu à aucune action en répétition [3].

[1 *septies*. Req. 18 juin 1894, Sir., 96, 1, 273, note critique de M. Wahl, tant sur le prétendu principe de l'indivisibilité de la taxe des notaires, que sur l'effet interruptif de la réclamation formulée par l'un des clients, sur la prescription de l'action en restitution du trop perçu, qui appartient aux autres. Nous nous associons pleinement aux conclusions de M. Wahl, mais la règle que nous formulons au texte resterait vraie pour toute hypothèse qui présenterait, sans discussion possible, les caractères que nous y exigeons.]

[2] Sous ce rapport surtout, il importe de distinguer soigneusement la *condictio indebiti* proprement dite, de la *condictio sine causa*, et de la *condictio ob turpem vel injustam causam*. Ces dernières actions ne sont pas, pour leur recevabilité, subordonnées à la condition d'erreur de la part de la personne qui a fait le paiement. Voy. § 442 *bis*.

[3] Pothier, n° 142. Toullier, XI, 60 et 61. Demante, *Cours*, V, 357. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1376, n°s 2 et 26. Zachariæ, § 442, texte et note 4. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur les art. 1376 à 1377, n° 1 ; Mourlon, *Revue pratique*, 1864, XVIII, p. 196 ; Colmet de Santerre, V, 174 *bis*, XII, et 355. Suivant ces auteurs, il résulterait du rapprochement des art. 1376 et 1377, que la condition d'erreur n'est requise que dans l'hypothèse prévue par l'art. 1377, et non dans celle dont s'occupe l'art. 1376. Mais cette manière de voir est aussi contraire aux antécédents historiques et aux travaux préparatoires du Code, qu'au texte sainement entendu des art. 1376 et 1377. En Droit romain, la condition d'erreur était exigée dans toutes les hypothèses de *condictio indebiti* proprement dite. « *Si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest; sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio.* » L. 1, § 1, D. *de cond. ind*, (12, 6). Voy. aussi : L. 53, D. *de R. J.* (50, 17) ; L. 9, C. *de cond. ind.* (4, 5). Ce principe, ainsi que l'atteste Pothier (*loc. cit.*), avait été admis dans notre ancienne jurisprudence, et le Discours du tribun Tarrible au Corps législatif établit, de la manière la plus formelle, que loin de vouloir y déroger, on a entendu le maintenir dans toute sa rigueur. Voy. Locré, *Lég.*, XIII, p. 54, n° 15. Si la condition d'erreur de la part de la personne qui a fait le paiement n'est pas spécialement indiquée dans l'art. 1376, la raison en est que ce texte a exclusivement pour objet de regler la

[Il en est ainsi, notamment, dans l'hypothèse de la résolution ou de la révocation du titre en vertu duquel le payement avait été fait [3] *bis*.] Il en est ainsi, alors même qu'il a eu lieu sans esprit de libéralité, et avec l'intention d'en exercer la répétition [4].

Du reste, l'erreur de droit peut, aussi bien que l'erreur de fait, servir de fondement à une action en répétition de l'indu [5].

position de celui qui a reçu le paiement, et de le soumettre à l'obligation de restitution, peu importe que la réception de l'indu ait eu lieu de sa part sciemment ou par erreur. Au surplus, Marcadé ne semble pas admettre, d'une manière absolue, la doctrine nouvelle que nous venons d'exposer et de combattre. Voy. la note suivante. [Voy. encore Req., 11 mars 1885, Sir., 86, 1, 49, analysé à la note 11.]

[3 *bis*. Cass., 4 juillet 1870, Sir., 71, 1, 16 (hypothèse d'action paulienne).]

4 La loi 53, D. *de R. J.* (50, 17) qualifie de donation la dation de l'indu, faite en connaissance de cause. « *Cujus per errorem dati repetitio est, ejus* « *consulto dati donatio est.* » De là, Marcadé (*loc. cit.*) paraît conclure, contrairement à la proposition émise au texte, que la répétition est admise de la part de celui qui a livré ce qu'il savait ne pas devoir, à charge de prouver qu'il a voulu en transmettre la propriété à titre de paiement, et non à titre de donation. Voy. aussi Delvincourt, III, p. 449 ; et Zachariæ, § 441, note 4, *in fine*. Mais c'est là donner à la loi précitée, un sens qu'elle ne comporte pas, puisque c'est précisément pour refuser toute action en répétition à celui qui a livré ce qu'il savait ne pas devoir, qu'elle qualifie de donation une parcille livraison. C'est ce que prouve sans réplique la loi 50, D. *de cond. ind.* (12, 6) : « *Quid quis sciens indebitum dedit, hac mente* « *ut postea repeteret, repetere non potest.* » Cela est parfaitement juridique : ce serait se jouer de la justice que de livrer, à titre de paiement, ce qu'on sait ne pas devoir, dans l'unique but de le répéter ensuite ; *Malitiis non est indulgendum*. Larombière, V, art. 1376, n° 26. Voy. en sens contraire : Colmet de Santerre, V, 357 *bis*, VI.

5 La question est fortement controversée entre les commentateurs du Droit romain. Cpr. Thibaut, *System des Pandekten-Rechts*, I, § 28, texte et note 7, et II, § 974 ; Mackeldey, *Lerbuch des Römischen Rechts*, § 409 ; Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, appendice VIII, §§ 29 à 35. Puchta, *Pandekten*, § 309, note 1re ; Pothier, n° 162. Sous l'empire de notre législation actuelle, la question nous paraît résolue, du moins en principe et sauf ce que nous dirons plus loin sous le rapport de la preuve, par le texte même de l'art. 1376, qui ne distingue pas entre l'erreur de droit et l'erreur de fait. Cpr. § 28, texte et notes 4 à 6. Merlin, *Rép.*, v° Ignorance, § 1, n° 7. Toullier, VI, 75. Duranton, XIII, 602. Marcadé, sur les art. 1376 et 1377, n° 2. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1376 n° 32. Colmet de Santerre, V, 357 *bis*, VII. Zachariæ, § 442, texte et note 5. Civ. cass., 24 janvier 1827, Sir., 27, 1, 350. Besançon, 1er mai 1827, Sir.,

Il faut, en second lieu, que le paiement ait été fait indûment, c'est-à-dire sans une cause juridiquement suffisante pour le motiver de la part de celui qui l'a effectué [5 *bis*]. Les règles développées au § 345 sur la cause des obligations conventionnelles, s'appliquent également à la cause des paiements.

Les obligations naturelles sont donc, tout aussi bien que les obligations civiles, susceptibles de servir de cause à un paiement, à supposer qu'elles aient été acquittées volontairement, c'est-à-dire librement, en connaissance de cause, et avec l'intention de les éteindre comme telles. Art. 1235, al. 2.

Il y a mieux : le simple désir de satisfaire à un sentiment d'équité, de conscience, de délicatesse, ou d'honneur, constitue, dans les cas prévus au § 297, une cause suffisante de paiement [6].

Il importe peu, pour l'admissibilité de la *condictio indebiti*, que celui entre les mains de qui le paiement a été effectué, l'ait reçu de bonne foi et par erreur, ou sciemment et de mauvaise foi [7]. Art. 1376.

27, 2, 141. Civ. cass., 18 mars 1850, Sir., 50, 1, 381. Colmar, 19 janvier 1859, Sir., 59, 2, 382. Req. rej., 4 août 1859, Sir., 60, 1, 33. [Voy. encore, en matière de taxes municipales, Req. 21 juillet 1908 et 10 nov. 1908, Sir., 10, 1, 435.] Cpr. Delvincourt, III, p. 449.

[5 *bis*. Cette formule s'appliquerait même à l'hypothèse où le *solvens* aurait acquitté intégralement une dette dont il aurait pu obtenir la réduction en justice. Req. 8 avril 1872, Sir., 72, 1, 207.]

[6] Cpr. § 297, texte n° 2, et note 28 ; Toullier, XI, 89 ; Larombière, *op. cit.*, V, art. 1376, n° 21.

[7] Le point de savoir si celui qui a reçu le paiement était ou non de bonne foi, ne présente en général d'intérêt qu'au point de vue des suites de l'admission de la *condictio indebiti*, et du règlement des obligations plus ou moins étendues qui incombent au défendeur. Cpr. texte n° 4, *infra*. Voy. cep. texte n° 3, et note 19, *infra*. [La règle posée au texte conduit, dans une certaine opinion, à des conséquences fort graves, en ce qui concerne la situation des propriétaires de titres amortis d'actions ou obligations, qui cessent, dans la comptabilité de l'établissement qui les a émis, de produire dividende ou intérêt, alors que ces dividendes ou intérêts continuent, en fait, à leur être payés par erreur, soit par le dit établissement, soit par des intermédiaires qui les représentent. La Cour de cassation (Civ. rej., 13 mai 1889, et 14 janvier 1890, Sir., 91, 1, 17, note critique Chavegrin), dans une hypothèse où il s'agissait de coupons

Mais il convient de tenir compte de la capacité ou de l'incapacité de ce dernier. Le paiement fait à un incapable ne donne pas ouverture à la répétition de l'indu, et n'engendre, le cas échéant, qu'une action de *in rem verso*, ou une action *ex delicto vel quasi ex delicto* [8].

Le demandeur en répétition de l'indu doit prouver, d'une part, le fait du paiement dont il réclame la restitution, d'autre part, l'absence de toute obligation civile

de rente russe payés en France par le banquier chargé du service de l'emprunt, a admis la *condictio indebiti*, au profit de ce banquier, contre le propriétaire des titres amortis. L'espèce présentait, d'ailleurs, cette particularité, qu'une clause expresse de l'emprunt mettait, de la façon la plus explicite et la plus apparente, les risques de vérification des tirages à la charge des porteurs de titres. Voy. aussi en ce sens, pour une société étrangère, Nancy, 28 octobre 1890, Sir., 91, 2. 11. Cette solution, assurément très critiquable en l'absence d'une clause de ce genre, nous paraîtrait, comme à M. Chavegrin, de nature à être écartée, en principe, même dans l'hypothèse de cette clause de déplacement de la responsabilité, dont la validité nous paraît moins certaine, en droit français et pour une valeur française, qu'à la Cour de cassation. — La loi du 1er août 1893, art. 6, ajoutant un art. 70 à la loi du 22 juillet 1867, sur les sociétés, a formellement condamné la solution que nous critiquons, au moins en l'absence de cette clause. Comme les observations du commissaire du gouvernement, dans la discussion au Sénat, ont réservé la validité de cette clause, et que le Sénat ne l'a point expressément exclue, on peut se demander si le nouvel art. 70 de la loi du 24 juillet 1867 s'applique à l'hypothèse où la clause susvisée a été expressément insérée dans le titre amorti. Cette clause nous paraît d'ailleurs toujours, en droit, contestable, et nous nous associons, même après la loi de 1893, aux critiques de M. Chavegrin. — D'autre part, nous reconnaissons que cet art. 70 ne concerne que les titres, actions et obligations, émis par des sociétés, et même par des sociétés françaises. Il ne concerne ni les titres émis par les sociétés étrangères, ni même les titres émis par l'État français, les départements et les villes. Voy. en ce sens Lyon-Caen et Renault, II, n° 661 et suiv. — Il est à peine besoin d'ajouter qu'on ne confondra pas la question que la présente note a pour objet avec celle de la validité de la clause conventionnelle de déchéance décennale du porteur du titre amorti, en ce qui concerne le remboursement du capital. Cette question reste entière, selon nous ; la loi de 1893 n'y touche certainement pas, et les arguments des arrêts précités de la Chambre civile, 14 janvier 1890, et de la Cour de Nancy, 28 octobre 1890, qui la tranchent par l'affirmative, ne nous ont pas convaincu.]

[8] Un incapable ne peut pas plus, par son propre fait, s'obliger quasi-contractuellement, qu'il ne peut s'obliger conventionnellement. Cpr. § 441, texte et note 1re.

servant de cause à ce paiement [8 *bis*]. Il doit de plus, en règle générale, établir l'existence de l'erreur, de fait ou de droit, qui l'a empêché de faire valoir l'exception péremptoire au moyen de laquelle il eût pu refuser le paiement par lui effectué[9]. Cette règle, toutefois, ne saurait être admise d'une manière rigoureusement absolue; et il convient, pour l'appliquer sainement, de faire les distinctions suivantes :

Lorsque l'exception péremptoire qu'eût pu invoquer le demandeur en répétition de l'indû, est de nature à faire disparaître toute cause juridiquement suffisante de paiement, l'erreur de fait doit se présumer, et l'erreur de droit elle-même, quoique la preuve en reste toujours à la charge de ce dernier, peut plus facilement s'admettre que d'ordinaire[10]. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, si le demandeur en répétition avait acquitté, soit une obligation entachée d'un vice de dol qu'il prétendrait n'avoir découvert qu'ultérieurement, soit une dette déjà soldée par son auteur ou par un tiers, et dont il soutiendrait que le paiement ne lui a été révélé que plus tard.

Mais si l'exception péremptoire que le demandeur en répétition de l'indu a omis de faire valoir, est telle, que son admission même n'eût pas fait disparaître toute cause de paiement, et que celui qui a été effectué soit susceptible de s'expliquer par l'intention d'acquitter une obligation naturelle, ou par le désir de satisfaire à un sentiment d'équité, de conscience, de délicatesse, ou

[8 *bis*. Voy. comme application : Civ. cass., 25 nov. 1901, Sir., 02, 1, 413., Cass., 18 janvier 1904, Sir., 05, 1, 86.]

9 Cpr. Toullier, XI, 64 ; Duranton, XII, 696 ; Larombière, *op. cit.*, art. 1376, n° 28 ; Zachariæ, § 442, texte et note 7. [Cass., 18 juillet 1900 (second arrêt), Sir., 1900, 1, 460. Civ. cass., 25 nov. 1901, Sir., 02, 1, 413. Civ. rej., 11 juin 1902, Sir., 03, 1, 32. Req. 9 mars 1909, Sir., 09, 1, 252.]

10 Dans l'hypothèse prévue au texte, toute possibilité de paiement proprement dit venant à disparaître, la dation de l'objet livré et répété par le demandeur, ne pourrait trouver sa cause que dans une intention de libéralité qui ne saurait se présumer. *Nemo tam resupinus est ut facile suas pecunias jactet.* » L. 25, *præ.*, D. *de probat.* (22, 3). *In re obscura melius est favere repetitioni quam adventitio lucro.* L. 41, § 1, D. *de R. J.* (50, 17). Larombière, *op. cit.*, V, art. 1376, nos 30 à 32.

d'honneur, l'erreur, même de fait, ne peut plus se présumer ; le demandeur en répétition doit en administrer la preuve, pour établir que le paiement n'a été dicté par aucun des mobiles qui viennent d'être indiqués, et n'a eu d'autre cause que l'erreur qu'il invoque. Il en serait ainsi, par exemple, s'il prétendait n'avoir payé que par erreur une dette prescrite, ou une dette de jeu [11].

Néanmoins, il ne faut pas perdre de vue que, dans ces cas mêmes, le point de savoir si la preuve a été ou non administrée d'une manière complète, est, surtout dans une question d'intention, entièrement abandonnée au pouvoir discrétionnaire du juge, qui devra tenir compte des circonstances particulières de chaque espèce, et qui pourra, notamment, se montrer plus sévère ou plus facile au point de vue de la preuve, suivant qu'il s'agira d'une erreur de droit ou d'une erreur de fait, et que le paiement prétendûment entaché d'erreur, aura été effectué par le débiteur apparent lui-même ou par son héritier.

Par exception à la règle d'après laquelle le demandeur en répétition de l'indû doit prouver les trois faits de paiement, d'absence de cause, et d'erreur, servant de fondement à sa demande, il est généralement admis que, si le défendeur avait nié de mauvaise foi la réalité du paiement, et que ce fait vînt à être prouvé contre lui, le juge devrait, en dispensant le demandeur de toute autre preuve, lui adjuger ses conclusions, à moins que, de son côté, le défendeur ne fût à même d'établir que le paiement lui a été fait pour une cause juridiquement suffisante [12].

[11] Larombière, *op. cit.*, V, art. 1376, nos 22, *in fine*, et 30. [On pourrait considérer comme une autre application de la même doctrine un arrêt de la Chambre des requêtes du 11 mars 1885, Sir., 86, 1, 49, note critique Labbé (demande en restitution par la femme dotale de la somme par elle payée à la faillite de son mari en conséquence de sa participation au concordat par lui obtenu et de l'engagement par elle pris, en qualité de caution, sur le fondement de l'art. 1558). Cpr. § 537, notes 118 *ter* et suiv.]

[12] C'est ce que décide la loi 25, *præ.*, D. *de prob.* (22, 3). Et quoique notre Code n'ait pas reproduit cette décision, le motif sur lequel elle

2° Du paiement d'une dette non existante.
3° Du paiement d'une dette existante faite par une autre personne que par le débiteur.

En se plaçant exclusivement au point de vue des obligations civiles, et en faisant abstraction des autres causes de paiement indiquées au numéro précédent, le paiement est à considérer comme fait indûment, non seulement lorsque l'obligation qu'il a eu pour objet d'acquitter n'avait en fait aucun principe d'existence [12 *bis*], mais encore dans le cas où elle ne reposait que sur un titre annulable ou rescindable, résolu ou révoqué, soldé ou éteint de toute autre manière [13]. [Toutefois, le débiteur ne peut répéter, s'il a payé en conséquence d'un arrêt de condamnation qui a été ultérieurement cassé, alors d'ailleurs que la dette était, en elle-même, incontestable [13 *bis*].]

Le paiement fait en extinction d'une dette légitime, mais qui excède le montant de cette dette, constitue, quant à l'excédant, un paiement de l'indu [14].

repose est tellement conforme à la raison, qu'on ne doit pas hésiter à l'adopter. Delvincourt, III, p. 448. Toullier, XI, 64. Duranton, XII, 12, et XIII, 696. Rauter, *Cours de procédure civile*, § 124, à la note. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1376, n° 28.

[12 *bis*. Voy. comme exemples, les hypothèses variées résolues par les arrêts suivants : Req. 19 janvier 1886, Sir., 86, 1, 200. Req. 20 juin 1888, Sir., 91, 1, 463. Req. 8 nov. 1898, Sir., 99, 1, 125. Douai, 30 juin 1901, Sir., 03, 2, 279. Amiens, 2 janvier 1903, Sir., 03, 2, 241.]

13 L. 26, § 3, D. *de cond. ind.* (12, 6). L. 66, D. *de R. J.* (50, 17). Pothier, n^os 143 et suiv. Larombière, V, art. 1376, n^os 5 à 8. Zachariæ, § 442, note 2.

[13 *bis*. Civ. rej., 4 août 1880, Sir., 82, 1, 29.]

14 L. 1, C. *eod. tit.* (4, 5) : Larombière, *op. cit.*, V. art. 1376, n° 13. [Voy. comme application la note 5 *bis supra*. Cpr. pour le cas où il s'agirait d'une dette indivisible, la note 1 *septies supra*. — C'est par application de la règle posée au texte que l'action en répétition exercée par le destinataire contre la compagnie de chemin de fer qui a perçu, pour elle comme pour d'autres, en conséquence d'une fausse application des tarifs dûment homologués, un tarif trop élevé, doit être admise, malgré la réception des marchandises. Code de commerce, art. 105. Civ. cass., 27 nov. 1882, Sir., 83, 1, 417. Civ. rej., 22 octobre 1888, Sir., 89, 1, 229. Civ. rej., 2 août 1887, Sir., 88, 1, 85. Civ. rej., 16 février 1891, Sir., 91, 1, 267. Pau, 21 mai 1894, Sir., 94, 2, 277. — Voy. dans le sens de cette jurisprudence, pour l'hy-

Il en est de même du paiement d'une dette soumise à une condition suspensive, lorsqu'il a lieu avant l'accomplissement de la condition [15], et du paiement d'un objet dû sous une alternative, que le débiteur croyait devoir d'une manière déterminée [16].

La répétition est donc admise dans toutes les hypothèses qui viennent d'être rappelées, à supposer, bien entendu, que le paiement ait eu lieu par erreur.

Au contraire, le paiement d'une dette ajournée fait, même par erreur, avant l'échéance du terme, n'est pas sujet à répétition [17]. Art. 1186.

Quant au paiement d'une dette soumise à une condition résolutoire, non encore accomplie, il peut, après l'accomplissement de la condition, être répété *condictione sine causa*, quoiqu'il ait été fait en pleine connaissance de cause [18].

[Pour qu'il y ait payement indu, il faut que les sommes versées par le *solvens* l'aient été à titre de payement, et non point à un autre titre, par exemple à titre d'avance de fonds [18] *bis*.]

Celui qui, par erreur, se croyant débiteur, a acquitté la dette d'une autre personne, est autorisé à former, contre le créancier qu'il a payé, l'action en répétition de l'indu, à moins que ce dernier n'ait, par suite du paiement, supprimé, de bonne foi [19], son titre, auquel cas il n'a de recours

pothèse inverse (insuffisance de perception de la Compagnie de chemins de fer), Civ. cass., 13 février 1895, Sir., 95, 1, 190. Cpr. sur le principe: Civ. cass., 5 nov. 1890, Sir., 91, 1, 227. — Voy. enfin pour le cas où la répétition serait subordonnée à la solution d'une question de preuve du poids et du volume des marchandises transportées, Civ. cass., 25 nov. 1901, Sir., 02, 1, 413.]

[15] Voy. § 302, texte n° 4, lett. *a*, et note 41.

[16] Pothier, *Des obligations*, n°s 255 et 257. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1376, n° 11.

[17] Voy. § 303, texte et note 10.

[18] Cpr. note 2 *supra* et § 442 *bis* : Larombière, *op. cit.*, art. 1376, n° 12.

[18 *bis*. Req. 12 mars 1900, Sir., 02, 1, 26.]

[19] Ces derniers mots, qui ne se trouvent pas dans le texte de l'art. 1377, doivent y être suppléés d'après son esprit. Duranton, XIII, 685. Marcadé, sur les art. 1376-1377, n° 4. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1377, n° 8. Colmet de Santerre, V, 358 *bis*, I. Zachariæ, § 442, texte et note 6.

à exercer que contre le véritable débiteur. Art. 1377.

Les dispositions de l'art. 1377 s'appliquent non seulement au cas où la personne qui a fait le paiement, ne devait aucune portion de la dette, mais encore à celui où, se trouvant débitrice partielle, elle a payé par erreur au delà de sa part [20].

La circonstance *de suppression de titre*, dont le créancier est admis à exciper pour repousser l'action en répétition dirigée contre lui, est à considérer comme réalisée, lorsqu'il a, soit laissé prescrire sa créance, soit renoncé formellement aux sûretés destinées à en garantir le paiement ou négligé de les conserver, tout aussi bien qu'au cas où il a détruit matériellement l'acte constatant l'existence de la créance [21].

Le premier alinéa de l'art. 1377, supposant un paiement effectué, pour son propre compte, par celui qui croyait sienne une dette qui était en réalité celle d'un autre, est étranger au cas où une personne a payé pour le compte du véritable débiteur, avec ou sans subrogation. En pareil cas, celui qui a fait le paiement, ne jouit d'aucune action en répétition contre le créancier qu'il a désintéressé, quand bien même il ne parviendrait pas à se faire rembourser par le débiteur [22].

[20] L. 21, D. *de cond. ind.* (12, 6). Toullier, XI, 85. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1376, n° 13. [Mais la règle posée au texte est étrangère à l'hypothèse où la quittance de la somme payée pour le compte d'un débiteur a été délivrée par le créancier au nom de deux personnes, dont l'une seulement était débitrice, et dont l'autre agit en répétition. Civ. rej., 4 août 1880, Sir., 82, 1, 29.]

[21] Introduite par des motifs d'équité, *ex bono et æquo*, la *condictio indebiti* doit se gouverner par les règles de l'équité. Or, ces règles nous apprennent que le créancier qui a reçu de bonne foi ce qui lui était dû ne doit pas pâtir de l'erreur de celui qui l'a payé, et qu'il ne saurait être tenu de restituer ce qu'il a reçu, lorsqu'il n'est plus possible de le replacer dans la situation où il se trouvait avant le paiement. *Inter errantem et patientem nulla est dubitatio. Nemo ex facto alterius prægravari debet.* Dumoulin, *De div. et indiv.*, n°s 139 et suiv.; Pothier, *Des obligations*, n° 256. Duranton, XIII, 685. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1377, n° 10. Colmet de Santerre, V, 358 *bis*. I. [Caen, 20 mars 1891, Sir., 92, 2, 204.] Voy. cep. Req. rej., 4 août 1859, Sir., 60, 1, 33.

[22] C'est à cette hypothèse principalement que s'applique la loi 44, D. *de cond. ind.* (12, 6). *Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab*

C'est ainsi que le créancier qui, par le paiement fait à un autre créancier, s'est trouvé légalement subrogé dans ses droits hypothécaires, en vertu du nº 1 de l'art. 1251, ne peut exercer contre lui aucune action en répétition, encore que l'hypothèque vienne à s'éteindre, à raison de l'éviction du fonds hypothéqué subie par le débiteur commun [23].

La disposition du premier alinéa de l'art. 1377 est également étrangère à l'hypothèse d'un paiement fait par une personne qui, étant réellement débitrice, acquitte le montant de sa dette entre les mains de créanciers légitimes, primés par un autre créancier, sur la poursuite duquel elle est obligée de payer une seconde fois. Aucune action en répétition ne lui compète, en pareil cas, contre les créanciers qu'elle a désintéressés [24]. C'est ainsi que l'acquéreur sur aliénation volontaire, ou l'adjudicataire sur expropriation forcée, qui a soldé son prix, en vertu d'une délégation conventionnelle ou d'une collocation judiciaire, aux créanciers assignés pour le recevoir, ne jouit d'aucune action en répétition contre ces derniers, alors même qu'il se trouverait obligé de payer un nouveau créancier dont les droits seraient demeurés intacts [25]. C'est ainsi encore, que l'acquéreur d'un immeuble qui a payé un créancier hypothécaire, utilement colloqué, ne peut exercer aucune action en répétition contre ce dernier, bien que la vente, dont le prix formait l'objet de l'ordre, ait été ultérieurement résolue par suite de l'action d'un précédent vendeur [26].

alio quam a vero debitore solutum est. Cette loi n'est pas réellement en opposition avec la loi 19, § 1, et la loi 65, § 9, *eod. tit.* Toullier, XI, 83 et 84. Duranton, XIII, 684. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1377, nº 7.

[23] Paris, 5 juillet 1854, Sir., 54, 2, 651.

[24] Ici encore, on doit appliquer la règle *Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit.*

[25] Req. rej., 20 juillet 1821, Sir., 22, 1, 333. Req. rej., 28 avril 1840, Sir., 40, 1, 736. Civ. cass., 12 novembre 1850, Sir., 51, 1, 12. Agen, 14 mars 1866, Sir., 67, 2, 55. Cpr. Civ. rej., 30 avril 1850, Sir., 50, 1, 449.

[26] Paris, 12 février 1844, Sir., 44, 2, 115. – L'hypothèse indiquée au texte est toute différente de celle où l'acquéreur vient à être évincé par suite d'une action en revendication formée par le véritable propriétaire

Enfin, le premier alinéa de l'art. 1377 ne s'applique pas davantage au cas où le délégué s'est engagé envers le délégataire et a payé entre ses mains le montant de la délégation, dans la fausse croyance qu'il se trouvait débiteur du délégant. Dans ce cas-là même, le délégué ne jouit d'aucune action en répétition contre le délégataire, et n'a de recours à exercer que contre le délégant, peu importe du reste que ce dernier ait ou non été déchargé par son créancier [27].

4° *Des suites juridiques de l'action en répétition de l'indu.*

Ces suites varient selon l'objet du paiement, et selon la bonne ou la mauvaise foi de celui qui l'a reçu.

Lorsqu'il s'agit de sommes d'argent, ou d'autres choses qui se déterminent au compte, au poids, ou à la

de l'immeuble. Dans cette dernière hypothèse, dont nous nous sommes occupés au § 355, texte et note 24, on trouve toutes les conditions requises pour la *condictio sine causa*, puisque, la vente de la chose d'autrui étant nulle, l'acquéreur n'a jamais été véritable débiteur du prix, et que les créanciers du vendeur n'avaient aucun droit sur ce prix. Dans l'hypothèse actuelle, au contraire, la vente ayant été [valable] en elle-même, malgré la résolution dont elle a été suivie, l'acquéreur se trouvait véritablement débiteur du prix, et le créancier hypothécaire entre les mains duquel il a été payé n'a fait que recevoir ce qui lui était dû. Que si l'acquéreur se trouve privé de la chose par l'action en résolution d'un précédent vendeur, il ne doit l'imputer qu'à l'imprudence qu'il a commise, en ne désintéressant pas ce dernier, avant de payer le créancier hypothécaire.

[27] Telle est la décision formelle de la loi 12, D. *de nov. et del.* (46, 2), qui applique encore ici la règle *Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit.* Cette décision, parfaitement juridique, doit être suivie sous l'empire du Code. En effet, la délégation n'exigeant pas pour sa perfection que le délégué soit débiteur du déléguant, le délégataire n'a aucune information à prendre à ce sujet, et l'erreur du délégué ne peut pas tourner à son préjudice. *Inter errantem et patientem nulla est dubitatio.* Voy. en ce sens : § 324, texte n° 1, et note 8. Aux autorités citées dans cette note, en faveur de notre opinion, il faut encore ajouter : Merlin, *Rép.*, v° Délégation, n° 3. Bordeaux, 2 avril 1835, Sir., 35, 2, 391 ; Req. rej., 7 mars 1855, Sir., 55, 1, 577. — La même solution devrait-elle être admise dans le cas où le délégué se serait engagé, envers le délégataire, à lui payer une dette déterminée, dont il se considérait comme débiteur du délégant? *Quid* du cas de cession? Voy. sur ces deux points : § 442 *bis*.

mesure, celui qui les a reçues indûment, doit rendre les mêmes sommes, ou une pareille quantité de choses de même qualité. Il doit, de plus, s'il a été de mauvaise foi, bonifier les intérêts de ces sommes ou de la valeur estimative de ces choses, à partir du jour du paiement [27 *bis*]. Art. 1378. [Dans le cas contraire, il ne doit les intérêts que du jour de la demande en justice 27 *ter*.] Il est du reste bien entendu, que si la chose indûment payée consiste en intérêts ou arrérages, celui qui les a reçus, même de bonne foi, n'est pas à raison de cette circonstance autorisé à les retenir [28].

Lorsqu'il s'agit d'un immeuble ou d'un meuble déterminé dans son individualité, celui qui l'a reçu indûment doit, s'il le possède encore, le restituer en nature, avec ses accessoires et les accessions qui peuvent y être survenues ; peu importe qu'il ait été de bonne foi ou de mauvaise foi. Mais, s'il a été de bonne foi, il ne doit compte des fruits qu'à partir du jour où sa bonne foi a cessé [29]. Ce n'est également qu'à compter de cette époque, qu'il devient responsable de la perte ou des détériorations qui seraient arrivées par défaut de soins de sa part[30]. Enfin,

[27 *bis*. Voy. comme application : Cass., 11 déc. 1900, Sir., 04, 1, 262. Cass., 11 juin 1903, Sir., 06, 1, 179. Cpr. Cass., 3 février 1904, Sir., 04, 1, 264. On rappelle ici qu'indépendamment de ces intérêts au taux légal, l'*accipiens* peut encore encourir des dommages-intérêts compensatoires, dans les cas et sous les conditions prévus au § 308[5], texte et note 50 *ter*. Voy. en matière de transports par chemin de fer et de fausse application des tarifs, donnant ouverture à une action en répétition, Cass., 13 nov. 1889, Sir., 90, 1, 24.]

[27 *ter*. Cass., 2 juillet 1879, Sir., 79, 1, 380. Caen, 20 mars 1891, Sir., 92, 2, 204. Cass., 22 juin 1892, Sir., 93, 1, 51. Aujourd'hui, du jour de la sommation. Art. 1153 nouveau (Loi du 7 avril 1900).]

[28] Ces intérêts et arrérages forment, en effet, la chose principale soumise à restitution. Req. rej., 4 août 1859, Sir., 60, 1, 33.

[29] Arg. *a contrario*, art. 1378. Duranton, XIII, 691. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1378 et 1379, n° 9. Zachariæ, § 442, texte et note 11. Voy. en sens contraire : Toullier, XI, 94. — En Droit romain, celui qui avait reçu, même de bonne foi, un objet non dû, était obligé de restituer tous les fruits qu'il en avait perçus. L. 15, *præ.*, et L. 65, § 5, D. *de cond. ind.* (12, 6). Pothier, n° 172.

[30] Cette restriction peut, au premier abord, paraître en opposition avec le texte de l'art. 1379. Mais, outre que la proposition contraire conduirait

quand, avant la cessation de sa bonne foi, il a aliéné l'objet qui lui a été indûment livré, il n'est tenu de restituer que le prix de la vente. Si, au contraire, il était de mauvaise foi, il doit tous les fruits qu'il a perçus ou pu percevoir depuis le jour du paiement ; il répond, non seulement de la perte ou des détériorations arrivées par sa faute, mais encore de celles qui ont eu lieu par cas fortuit, à moins qu'il ne prouve que l'objet à restituer eût également souffert ou péri chez le propriétaire [31]; et il doit restituer la valeur intégrale de la chose qu'il aurait aliénée [32]. Art. 1379 et 1380.

Dans ces différentes hypothèses, l'héritier de celui qui a reçu, de mauvaise foi, ce qui ne lui était pas dû, n'est pas admis à se prévaloir de sa bonne foi personnelle, pour se soustraire aux conséquences de la mauvaise foi de son auteur. C'est ainsi que, malgré sa bonne foi, il est tenu, comme ce dernier l'eût été lui-même, de la bonification des intérêts et de la restitution des fruits [33].

à des injustices qu'il ne peut avoir été dans la pensée du législateur de consacrer, il faut remarquer que l'art. 1379 ne déclare responsable celui qui a reçu de bonne foi une chose qui ne lui était pas due, que de la perte ou des détériorations arrivées par sa *faute*. Or, aussi longtemps que dure sa bonne foi et qu'il a un juste motif de se croire propriétaire de l'objet qui lui a été livré, on ne peut lui imputer à faute de le négliger ou de le détériorer : *Quia quasi suam rem neglexit, nulli querelæ subjectus est.* L. 31, § 3, D. *de hered. petit.* (5, 3). Ce ne sera qu'à partir du moment où il connaîtra l'obligation de rendre cet objet, qu'il sera en faute, s'il ne prend pas soin de le conserver. Pothier, nos 170 et 171. Delvincourt, III, p. 451. Toullier, XI, 95 et 102. Marcadé, sur les art. 1378 à 1380, n° 2. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1378 et 1379, n° 3. Colmet de Santerre, V, 360 *bis*, II. Zachariæ, § 442, texte et note 12. Voy. cep. Duranton, XIII, 699, à la note.

[31] Arg. art. 1302, al. 2. Cpr. § 308, texte n° 3, et note 39 ; § 331, texte n° 1. Duranton, XIII, 693. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1378 et 1379, n° 3. Zachariæ, § 442, texte et note 14.

[32] Pothier, n° 177. Larombière, *op. cit.*, Zachariæ, § 442, texte et note 15.

[33] En effet, les engagements résultant de quasi-contrats passent aux héritiers et successeurs universels, tout aussi bien que les obligations conventionnelles. Cpr. § 617. L'hypothèse dont nous nous occupons ici est toute différente de celle que nous avons examinée au § 206 (texte n° 4 et note 21). C'est à tort que l'annotateur du *Recueil des lois et arrêts*

Celui qui est obligé de restituer un immeuble ou un meuble déterminé dans son individualité, a droit, qu'il l'ait reçu de bonne foi ou de mauvaise foi, au remboursement des dépenses par lui faites pour sa conservation ou pour son amélioration. Cependant les impenses utiles ne doivent, lors même qu'il a été de bonne foi, lui être bonifiées, que jusqu'à concurrence de la mieux-value qui en est résultée[34]. Art. 1381 [35]. Il jouit pour le remboursement de ces impenses d'un droit de rétention [36]. Quant aux impenses simplement voluptuaires, il ne peut, en aucun cas, en répéter le montant.

L'action en répétition de l'indu peut, quand il s'agit d'un immeuble qui a été aliéné par celui qui l'avait reçu en paiement, être dirigée contre le tiers acquéreur, encore que ce dernier l'ait acquis à titre onéreux, et que son auteur ait été de bonne foi en le recevant et en l'aliénant [37]. Mais le demandeur devrait, dans cette hypo-

(Sir., 65, 1, 250, à la note) les considère comme devant se résoudre par le même principe. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1378 et 1379, n° 8. Req. rej., 10 juin 1857, Sir., 58, 1, 59. Civ. cass., 8 juin 1864, Sir., 64, 1, 388. Civ. rej., 17 mai 1865, Sir., 65, 1, 250.

[34] M. Duranton (X III, 695) enseigne cependant que celui qui a reçu de bonne foi une chose qu'il croyait lui être due, a droit au remboursement intégral des dépenses qu'il a faites pour son amélioration. Mais cet auteur paraît ne pas avoir remarqué que l'excédant des déboursés sur la mieux-value encore existante était déjà perdu pour le possesseur de l'immeuble, et que cette perte serait demeurée a sa charge, s'il en était resté propriétaire. L'opinion de M. Duranton, contraire à celle de Pothier (n° 173), qui cependant écrivait d'après le Droit romain, nous paraît d'autant moins admissible que le Code Napoléon, à la différence de ce Droit, dispense celui qui a reçu un objet de bonne foi de l'obligation d'en restituer les fruits, et qu'il semble naturel d'établir une compensation entre les fruits et la perte qui peut résulter de ce que la mieux-value provenant des améliorations est inférieure au montant des dépenses qu'elles ont occasionnées. Delvincourt, III, p. 451. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1381, n° 5.

[35] La rédaction de l'art. 1381 est tout à la fois ambiguë et incomplète. Marcadé, sur l'art. 1381, n° 1.

[36] Voy. § 256 *bis*, texte et note 3.

[37] D'après le Droit romain, l'action en répétition de l'indu ne pouvait être dirigée contre les tiers détenteurs. Pothier (n° 178 et 179) pensait que ce principe, vrai en général, devait fléchir lorsqu'il s'agissait d'un acquéreur à titre gratuit. Delvincourt (III, p. 681) et Toullier (XI, 97

thèse, indemniser celui auquel il a mal à propos livré l'immeuble, de tout ce que ce dernier serait tenu de payer à l'acquéreur évincé, en sus du prix de vente [38].

et suiv.) rejettent ce tempérament. Mais ils en adoptent un autre, en accordant l'action contre les tiers, dans le cas où celui qui a reçu le paiement a été de mauvaise foi. Quant à Zachariæ (§ 442, texte et note 8), il semble adopter, d'une manière absolue et sans restriction, la solution du Droit romain. Ces différents systèmes doivent, à notre avis, être rejetés. Notre opinion se fonde sur les principes qui régissent en Droit français la position des successeurs particuliers, au point de vue des droits qui leur compètent, et des obligations qui leur incombent en cette qualité. Voy. § 176, texte n° 2, et § 176 *bis*. Le droit de propriété de celui qui reçoit un immeuble indûment livré à titre de paiement se trouve, dès l'instant de la réception, restreint ou modifié par une obligation de restitution, qui passe, avec ce droit lui-même, à tous ceux auxquels l'immeuble est transmis. La distinction que Toullier et Delvincourt font entre l'hypothèse où celui qui a reçu en paiement une chose non due a été de bonne foi, et l'hypothèse contraire, ne repose sur aucun motif solide, et semble condamner le système auquel elle sert de base. Quant à l'argument que ces auteurs tirent de l'art. 1380, il nous paraît porter à faux. Cet article, en effet, n'ayant d'autre objet que de règler la position de celui qui a vendu de bonne foi une chose qu'il avait reçue indûment, laisse entière la question qui nous occupe et se concilie parfaitement avec notre manière de voir. Cpr. la note suivante. Nous ajouterons cependant que Bertrand de Greuille (*Rapport au Tribunat*, Locré, *Lég.*, XIII, p. 39, n° 7) et Tarrible (*Discours au Corps législatif*, Locré, *Lég.*, XIII, p. 55, n° 16) attribuent à l'art. 1380 le même sens que Toullier et Delvincourt. Voy. en faveur de notre opinion : Duranton, XIII, 683 ; Marcadé, sur les art. 1378-1380, n° 3 ; Larombière, *op. cit.*, V. art. 1380, n° 7. Cpr. aussi : Colmet de Santerre, V, 361 *bis*, III, et IV.

[38] Arg. art. 1380. Duranton, *loc. cit.*, Marcadé, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Larombière, *op. cit.*, V, art. 1380, n° 9. Suivant cet auteur, la perte qu'entraînerait le recours en garantie ne serait pas la suite immédiate et directe de l'imprudence commise par celui qui a livré, à titre de paiement, l'immeuble dont il n'était pas débiteur, mais bien la conséquence de l'aliénation consentie par celui qui l'a reçu, et devrait ainsi rester à sa charge en vertu de l'art. 1151. Cette argumentation ne nous a pas convaincus. Il nous semble d'abord très contestable en principe, que l'art. 1151 puisse trouver son application dans un cas où le dommage ne résulte pas de l'inexécution d'une obligation. Et dût-on admettre le contraire, toujours serait-il que la règle générale posée par cet article doit fléchir devant la disposition spéciale de l'art. 1380, qui, prévoyant précisément le cas d'aliénation de l'immeuble indûment reçu, n'impose au vendeur d'autre obligation que celle de restituer le prix par lui touché, et indique ainsi bien clairement qu'il doit sortir complètement indemne d'une situation dont la cause primordiale se trouve en définitive dans

§ 442 *bis*

Des actions en répétition de paiements effectués sans cause, ou pour une cause contraire à la loi, à l'ordre public, ou aux bonnes mœurs, et de paiements obtenus à l'aide de moyens illicites. (Condictio sine causa, id est hoc sensu, causa data, vel non secuta, vel finita. Condictio ob turpem vel injustam causam)[1].

Les paiements effectués sans cause, c'est-à-dire (*hoc sensu*) pour une cause future qui ne s'est pas réalisée, ou pour une cause déjà existante, mais qui a cessé d'exister [2], comme aussi ceux qui ont eu lieu en vue d'une cause contraire à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, et ceux enfin qui ont été obtenus à l'aide de moyens illicites, donnent, en principe, ouverture à une action en répétition, indépendamment de toute erreur de la part

l'imprudence de l'auteur du paiement de l'indu. Ce dernier est sans doute autorisé à diriger son action en restitution contre le tiers acquéreur. Mais l'exercice de cette action ne doit pas être pour lui un moyen de violer indirectement l'art. 1380, en laissant à la charge de celui auquel il a livré l'immeuble la perte résultant du recours en garantie auquel la même action a donné ouverture.

[1] Il n'existe pas, au Code Napoléon, de textes spécialement applicables à la matière formant l'objet du présent paragraphe. Le corps de Droit romain contient, au contraire, plusieurs titres où se trouvent exposées les règles qui régissent la *condictio sine causa* et la *condictio propter turpem vel injustam causam*. Voy. au Digeste les titres 4, 5 et 7, du deuxième livre, et au Code, les titres 6, 7 et 9 du quatrième livre. Ces règles avaient été reçues dans notre ancienne jurisprudence. Voy. Pothier, *Des obligations*, n^os^ 42 à 46. Celles de ces règles qui ne sont contraires, ni aux dispositions du Code Napoléon, ni à l'esprit général de notre législation, semblent donc devoir être encore admises aujourd'hui.

[2] Le paiement de l'indu est aussi un paiement fait sans cause, dans le sens le plus large de ces expressions. Mais ici nous nous servons des termes *paiements faits sans cause* dans un sens spécial et plus restreint, pour désigner les paiements de cette nature autres que celui de l'indu. « *Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi, quæ « finita est, vel secuta non est, condictioni locum fore.* » L. 1, § 2, D. *de cond. sine causa* (12, 7).

de celui qui les a faits [3], et sans qu'il y ait à examiner s'ils ont ou non été dictés par l'intention d'accomplir une obligation naturelle, ou par le désir de satisfaire à un sentiment d'équité, de conscience, de délicatesse, ou d'honneur [4].

Le principe qui vient d'être posé, s'applique, sans aucune modification, aux paiement faits sans cause, qui sont toujours sujets à répétition. C'est ainsi qu'une somme donnée à titre de dot, en vue d'un mariage légalement impossible [5], ou qui de fait n'a pas été célébré, peut être répétée *condictione sine causa*. Il en est de

[3] Sous ce premier rapport, les actions en répétition dont il est ici question diffèrent essentiellement de la *condictio indebiti*, qui n'est ouverte qu'au cas où le paiement a été fait par erreur. Cette différence s'explique, pour ces diverses actions, par les considérations suivantes : Celui qui paie ce qu'il sait ne pas devoir n'a, quel que soit le mobile qui a dicté le paiement, aucun motif légitime pour répéter ce qu'il a payé. Voy. § 442, texte, notes 3 et 4. Celui, au contraire, qui paie en vue d'une cause future, ou d'une cause déjà existante, mais sujette à disparaître, n'entend payer que sous la condition que la cause future se réalisera, ou que la cause existante ne disparaîtra pas : et la défaillance de cette condition doit nécessairement ouvrir à son profit la *condictio sine causa*. D'un autre côté, celui qui, même sciemment, fait un paiement pour une cause contraire à la loi, à l'ordre public, ou aux bonnes mœurs, ne peut, par l'effet de sa volonté, rendre légitime une cause que la loi réprouve d'une manière absolue, et qui dès lors ne saurait ni justifier le paiement, ni engendrer une exception contre l'action en répétition. Voy. art. 1131-1133 ; et § 297, texte nº 3. Enfin, lorsqu'il s'agit d'un paiement obtenu par des moyens illicites, il est de toute évidence que le paiement, eût-il eu lieu en connaissance de cause, ce qui d'ailleurs ne saurait s'admettre au cas de dol qui suppose toujours l'erreur, n'en serait pas moins vicié en soi, et devrait toujours, par cela même, donner ouverture à l'action en répétition.

[4] De pareils mobiles ne sauraient se comprendre pour des paiements rentrant dans la première et la dernière des catégories indiquées au texte. Quant aux paiements faits pour une cause contraire à la loi, à l'ordre public, ou aux bonnes mœurs, qui de fait peuvent avoir été dictés par l'un de ces mobiles, notre proposition se justifie par les considérations présentées à la note précédente. C'est ainsi, par exemple, qu'en matière de cession d'office, le paiement d'un supplément de prix stipulé dans un traité secret est sujet à répétition, bien qu'on puisse en pareil cas, et selon les circonstances, admettre qu'il a été fait en vue d'accomplir une obligation naturelle. Cpr. texte et note 7 *infra*.

[5] L. 5, *præ.*, et § 1, D. *de cond. sine causa* (12, 6).

même de l'indemnité payée à raison du défaut de représentation d'une chose dont le propriétaire a plus tard recouvré la possession, du prix soldé par un acquéreur évincé, et de tous objets livrés sous une condition résolutoire qui est venue à s'accomplir [6].

Les paiements faits pour une cause contraire à la loi ou à l'ordre public, et, partant, destitués de toute efficacité juridique, donnent aussi lieu, en principe, à une action en répétition. Art. 1131 et 1133. C'est ainsi que le paiement d'intérêts usuraires, ou d'un supplément de prix stipulé par un traité secret en matière de cession d'office, est susceptible d'être répété par la *condictio sine causa* [7].

Toutefois, s'il s'agissait d'un paiement fait en exécution

[6] Voy. § 355, texte n° 2, et note 30 ; § 442, texte n° 2, et note 18.

[7] La jurisprudence est aujourd'hui constante sur ce point. Voy. les arrêts cités à la note 26 du § 297. [*Adde* : Cass., 13 juillet 1885, Sir., 86, 1, 205. Cass., 27 mars 1888, Sir., 88, 1, 366 (point de vue de la preuve). Orléans, 3 mai 1890, Sir., 92, 2, 241. Bourges, 18 nov. 1890, Sir., 92, 2, 241 · Cass., 7 janvier 1891, Sir., 92, 1, 449 (note Chavegrin), Orléans, 21 juillet 1893, Sir., 93, 2, 237. Nancy, 27 janvier 1894, Sir., 94, 2, 69. Seine, 11 février 1897, sous Paris, 29 nov. 1899, Sir., 01, 2, 121. Cpr. dans le même ordre d'idées et dans le même sens, pour des hypothèses un peu différentes, Cass., 14 février 1898, Sir., 02, 1, 23. Cass., 9 déc. 1901, Sir., 02, 1, 401. Caen, 12 avril 1905, Sir., 06, 2, 245.] Cette jurisprudence, approuvée par Toullier (XI, 89) et par M. Larombière (V, art. 1376, n° 21), a été critiquée par M. Bozérian (*Revue pratique*, 1858, V, p. 15 et suiv.), qui prétend qu'un traité secret en matière de cession d'office, imprime aux deux parties une égale tache de turpitude, et que dès lors toute action en répétition doit être écartée, en vertu de la maxime *In pari causa turpitudinis, cessat repetitio*. L'appréciation qui forme le point de départ de cette argumentation, est, à notre avis, complètement inexacte. Le cessionnaire qui consent à dissimuler, au moyen d'un traité secret, une partie du prix de l'office, n'est sans doute pas à l'abri de tout reproche ; mais il y a dans sa conduite, plus de faiblesse que de malhonnêteté, puisqu'en agissant ainsi, il ne recherche aucun avantage illicite, et ne fait que se soumettre à la pression exercée sur lui par le cédant ; tandis que ce dernier, qui veut, à l'aide du traité secret, se procurer, d'une manière illégitime, un prix supérieur à l'équitable valeur de l'office, telle qu'elle sera arbitrée par le gouvernement, se rend véritablement coupable d'une action malhonnête. La maxime précitée ne saurait donc trouver ici son application. [Voy. en ce sens les observations de M. Dubois, sous Civ. rej., 15 déc. 1873 Sir., 74, 1, 241.]

d'une convention qui, de sa nature, devait procurer à chacune des parties un avantage illicite, et qui, par suite, ne pourrait sans turpitude être alléguée ni par l'une ni par l'autre, l'action en répétition ne serait plus admissible [8],

[8] *In pari causa turpitudinis, cessat repetitio.* Voy. les lois romaines citées à la note 14 *infra*. Merlin, *Quest.*, v° Causes des obligations, § 1, n° 2. Delvincourt, II, p. 462 et 473. Toullier, XI, 126. Larombière, *op. cit.*, I, art. 1133, n° 10. Pont, *Des petits contrats*, I, 663. Bozérian, *op. et loc. citt.* Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1133 ; Pilette, *Revue pratique*, 1863, XV, p. 467 ; Colmet de Santerre, V, 49 *bis*, IV ; Demolombe, XXIV, 382. Ces auteurs admettent, même dans ce cas, l'action en répétition, par argument des art. 1131 et 1376. Refuser l'action en répétition, ce serait, disent-ils, donner quelque effet à la convention en vertu de laquelle a été effectué le paiement, dont la cause est contraire à la loi ou à l'ordre public ; tandis que, d'après l'art. 1131, elle n'en peut produire aucun. Et ce serait, d'un autre côté, apporter à la règle posée par l'art. 1376, une exception que la généralité de sa disposition ne comporte pas. Nous répondrons que, quelque générale que soit la disposition de l'art. 1376, il paraît cependant qu'en la décrétant, le législateur n'a entendu s'occuper que de la *condictio indebiti* proprement dite, sans avoir en vue la *condictio propter turpem causam*, et que la règle établie par cet article doit ici fléchir devant un principe supérieur, qui se rattache à la dignité de la magistrature, et qui domine toute la matière des actions : *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*. L'argument tiré de l'art. 1131 est moins spécieux encore, et ne repose que sur une confusion. Si, l'action en répétition se trouvant écartée, le défendeur conserve de fait ce qui lui a été payé en exécution de la convention contraire à la loi ou à l'ordre public, il ne le retient cependant pas en vertu de cette convention, à laquelle on donnerait ainsi quelque effet en contravention à l'art 1131, mais bien à raison de l'indignité du demandeur en répétition, qui n'est pas recevable à alléguer sa propre turpitude. [Indépendamment des exemples analysés dans la suite du texte, notes 9, 10 et 11, nous citerons dans le sens de l'opinion que nous défendons. Civ. rej., 15 déc. 1873, Sir., 1874, 1, 241 (note Dubois). Req., 26 mars 1877, Sir., 78, 1, 456. On rapprochera de ces hypothèses et de la question que la présente note a pour objet un arrêt de cassation du 3 février 1879, Sir., 79, 1, 411, qui vise et résout dans le même esprit une difficulté analogue (l'associé en participation n'est pas fondé à se prévaloir de la cause illicite de certains engagements contractés par son coassocié, pour faire retrancher du passif, dans le règlement des comptes de l'association, les sommes payées en exécution desdits engagements, s'il a connu les engagements pris et les payements effectués). — Cette doctrine est aujourd'hui très critiquée : une jurisprudence plus récente semble écarter toute distinction de principe entre l'hypothèse visée à la note 7 *supra* et celle que nous visons à la présente note. Civ. rej., 11 février 1884, Sir., 84, 1, 265. Besançon, 6 mars 1895, Sir., 95, 2, 196 (cpr. § 345, note 14). Voy. dans

le sens de l'opinion nouvelle la note de M. Lyon-Caen, *in fine*, sous Lyon, 23 janvier 1884, Sir., 84, 2, 49, et surtout la note de M. Appert, sous Req. 1er avril 1895, Sir., 96, 2, 289. La doctrine ancienne se maintient encore dans beaucoup d'arrêts : Trib. de Lyon, sous Lyon, 23 janvier 1884, précité (négociation d'actions avant la constitution définitive de la société). Nancy, 2 janvier 1893 (circulation d'effets de complaisance), Sir., 94, 2, 206. Riom, 30 nov. 1893 (cession de maison de tolérance), Sir., 94, 2, 75. Req. 1er avril 1895 (cession de maison de tolérance), Sir., 96, 1, 289. Alger, 9 mai 1894 (cession de maison de tolérance), Sir., 94, 2, 302. Les cours de Riom et d'Alger, dans les arrêts précités, vont même plus loin encore : elles écartent, dans l'hypothèse d'une *causa turpis* commune, toute action, même fondée sur le droit de propriété du demandeur, antérieur à la convention, sur l'immeuble qui sert à l'exploitation de la maison de tolérance, ou sur les meubles qui la garnissent. Toutefois, la cour d'Alger s'était d'abord prononcée en sens contraire sur ce point dans la même affaire (Alger, 15 nov. 1893, Sir., 94, 2, 211). Les cours de Caen, 29 juillet 1874, Sir., 75, 2, 298, et de Douai, 24 déc. 1887, Sir., 90, 2, 99, ont fait, sous ce point de vue, une distinction entre l'immeuble et les meubles, et n'ont repoussé l'action en revendication que pour ces derniers. — On trouvera une explication ingénieuse de la jurisprudence nouvelle que nous venons de relever, dans une note de M. Meynial sous un arrêt de la cour de Caen du 12 janvier 1888, Sir., 90, 2, 97, rendu en matière de cession d'offices ministériels : notre savant collègue voit dans cette jurisprudence une généralisation de plus en plus prononcée de solutions particulières dans les cas où il importe peu à l'intérêt public que la somme payée ou la valeur détenue soit dans telles mains plutôt que dans telles autres. « Le refus de la répétition se comprend alors, dit M. Meynial, parce que ce n'est pas le payement qui a été nuisible à la société, mais seulement l'acte payé ; la restitution de la somme pourrait ne pas entraver l'accomplissement de l'acte, et il n'y a, dès lors, aucun inconvénient sérieux à considérer l'indignité des deux parties comme un obstacle à leur action. » La jurisprudence, sans jamais sanctionner, d'une façon absolument générale, le principe nouveau de la répétition, ajoute toujours, dans cet esprit et dans cette direction, quelques nouveaux cas de répétition aux anciens. Voy. par exemple : Cass., 25 janvier 1887 Sir., 87, 2, 224. Cpr. Planiol, II, n° 846. Voy. une autre interprétation de cette jurisprudence nouvelle dans le travail de M. Jacques Olivier, *La sanction des obligations illicites*, 1904, qui propose de distinguer entre les opérations *illicites*, pour lesquelles la répétition serait possible, et les opérations *immorales* qui ne la comporteraient pas. Cpr. § 1 et § 692. Quoi qu'il en soit de l'explication de cette jurisprudence nouvelle, il y a trois hypothèses pour lesquelles elle maintient énergiquement le principe ancien (cession de maison de tolérance, libéralité à une concubine : voy. Paris, 1er août 1903, Dalloz, 1904, 2, 345 ; corruption de fonctionnaires : Req., 15 mars 1911, Sir., 11, 1, 447. — En tous cas, pour tout le monde, la solution nouvelle paraît irréprochable dans le cas de l'arrêt de la chambre des requêtes du 4 janvier 1897, Sir., 98, 1, 309 (le *solvens*

[si ce n'est, peut-être, au profit des créanciers du *solvens* [8] *bis.*]

Elle ne le serait pas, par exemple, dans le cas où, une société ayant été formée pour des opérations de contrebande, l'une des parties voudrait répéter contre l'autre des sommes soldées en exécution de cette convention, à titre de part dans les bénéfices ou dans les pertes [9]. Elle ne le serait pas davantage, quant aux sommes payées en exécution d'une convention, par laquelle celui qui les a reçues, se serait engagé à ne pas prendre part à une enchère [10]. Enfin, [avant la loi du 28 mars 1885], l'action en répétition [devait] aussi être écartée, s'il s'agissait de paiements faits en exécution d'une convention de jeu ou de pari sur la hausse ou la baisse des effets publics [11].

Ce qui vient d'être dit des paiements faits pour une cause contraire à la loi ou à l'ordre public, s'applique également aux paiements faits en vue d'une cause contraire aux bonnes mœurs. Il faut donc encore ici distinguer, s'il n'y a eu turpitude que de la part de celui qui a reçu le paiement, ou si la turpitude a été commune aux deux parties [12]. Au premier cas, ce qui a été payé peut être répété par la *condictio ob turpem causam*, alors même que le fait en vue duquel le paiement a été effectué, aurait

n'ayant payé que contraint et forcé par une menace de saisie-exécution, la répétition est due).]

[8 *bis*. Toulouse, 21 juillet 1870, sous Req., 2 avril 1872, Sir., 73, 1, 217.]

[9] Voy. § 378, texte n° 2, *in fine*, et notes 6 à 9.

[10] Cpr. Code pénal, art. 412. Voy. cep. en sens contraire : Limoges, 16 avril 1845, Sir., 46, 2, 465. En appliquant, par analogie, à l'hypothèse indiquée au texte, la jurisprudence qui admet la répétition des sommes payées en vertu d'un traité secret relatif à la cession d'un office, la cour de Limoges n'a pas remarqué que nulle turpitude n'est à reprocher au cessionnaire qui s'est engagé, sans aucune vue de lucre illicite, à acquitter un supplément de prix, tandis que, dans une convention formée contrairement aux dispositions du second alinéa de l'art. 412 du Code pénal, il y a évidemment turpitude de la part des deux parties.

[11] Voy. § 386, texte n° 2, et note 29.

[12] Voy. pour et contre cette proposition, les autorités citées à la note 8 *supra*.

été accompli [13]. Au second cas, la répétition cesse, alors même que ce fait ne se serait pas réalisé [14], [et cette règle s'applique, non seulement à l'action en répétition d'une somme d'argent, mais à la demande en restitution d'objets mobiliers, qui présenterait le même caractère [14] *bis*].

Il résulte de ces règles, que les sommes payées à une personne, soit pour qu'elle s'abstienne d'un délit ou d'une action immorale, soit pour qu'elle accomplisse une obligation juridique ou un devoir moral, sont sujettes à répétition [15]. Il en résulte, en sens inverse, que le paiement fait à une personne, soit pour qu'elle commette un délit ou une action immorale, soit pour qu'elle s'abstienne, d'accomplir une obligation juridique ou un devoir moral ne peut être répété. C'est ainsi que les sommes payées à un entrepreneur de succès dramatiques ne sont pas sujettes à répétition [16]. Il en est de même des sommes par lui payées dans le même but au directeur du théâtre [16] *bis*.]

Les objets ou valeurs dont une personne a été injustement dépouillée, et qui se trouvent ainsi, par suite d'un fait illicite, entre les mains d'une autre personne, peuvent être répétés contre celle-ci *condictione ob injustam causam* [17]. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, dans le cas où un créancier, même légitime, se serait fait,

[13] « *Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti « potest.* » L. 1, § 2, D. *de cond. ob. turp. vel inj. caus.* (12, 5). Voy. aussi : L. 4, C. *de cond. ob turp. caus.* (4, 7).

[14] « *Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti « dicimus.* » L. 3, D. *eod. tit.* Voy. aussi : L. 8, D. *eod. tit.* ; LL. 2 et 5, C. « *de cond. ob turp. caus.* (4, 7). [Voy. comme application Paris, 14 janvier 1881, Sir., 81, 2, 51.]

[[14] *bis*. Caen, 29 juillet 1874, Sir., 75, 2, 298, et Douai, 24 octobre 1887, Sir., 90, 2, 99, cités à la note 8 *supra*. Dans cette hypothèse, le demandeur ne peut revendiquer que l'immeuble qu'il a vendu et livré, en même temps que le mobilier, et ce, en se fondant exclusivement sur son titre de propriété antérieur.]

[15] L. 2, §§ 1 et 2, D. *de cond. ob turp. vel inj. caus.* (12, 5).

[16] Req. rej., 17 mai 1841, Sir., 41, 1, 623. Paris, 8 août 1853, Sir., 53 2, 499. Cpr. aussi : Paris, 30 novembre 1839, Sir., 40, 2, 121. [Lyon., 25 mars 1873, Sir., 73, 2, 179.]

[[16] *bis*. Comm. Seine, 27 juin 1896, Sir., 96, 2, 286.]

[17] LL. 6 et 7, D. *de cond. ob turp. vel inj. caus.* (12, 5).

à l'aide de dol ou de violence, payer de sa créance par un tiers qui n'en était pas débiteur.

Les actions en répétition dont il est question au présent paragraphe, peuvent, au cas où, par suite de cession ou de délégation d'une créance déterminée, le paiement a été fait entre les mains du cessionnaire ou du délégataire, être formées contre ces derniers, qui ne sont pas admis à les repousser sous le prétexte qu'ayant reçu ce qui leur était dû, l'auteur du paiement n'a de recours à exercer que contre le cédant ou le délégant. Ainsi, par exemple, l'acquéreur d'un immeuble peut, après en avoir subi l'éviction, répéter *condictione sine causa*, contre le cessionnaire du prix de vente, la somme qu'il lui a versée à ce titre [18].

[18] Mourlon, *Revue pratique*, 1863, XV, p. 97 et 303, XVI, p. 65. Paris, 5 février 1848, Sir., 48, 2, 155. Les motifs du jugement de première instance, motifs que la Cour s'est appropriés, vont trop loin, en ce qu'ils semblent accorder au débiteur d'un prix de vente, évincé de l'objet vendu, un véritable recours en garantie contre le cessionnaire. Il est évident, en effet, que ce dernier, qui n'est substitué au cédant que relativement au prix de vente, ne peut être soumis qu'à la restitution du prix, et ne saurait être tenu, ni du remboursement des frais et loyaux coûts du contrat, ni du paiement des autres dommages-intérêts. Voy. en sens contraire de la proposition énoncée au texte : Héan, *Revue pratique*, 1862, XIV, p. 398 ; 1863, XVI, p. 18 ; Colmar, 21 juillet 1812, Sir., 13, 2, 241. Cpr. aussi : Civ. rej., 13 décembre 1826, Sir., 27, 1, 266. Pour défendre sa manière de voir, M. Héan a cherché à établir qu'en Droit français, comme en Droit romain, le cessionnaire n'est que le représentant, le *procurator in rem suam*, du cédant, qui reste toujours titulaire de la créance. Cette thèse, évidemment insoutenable, a été victorieusement réfutée par M. Mourlon (*loc. cit.*) La Cour de Colmar s'est placée à un autre point de vue : Après avoir décidé, conformément à l'opinion ci-dessus exprimée, qui est aussi celle de Zachariæ (§ 359, note 20, *in fine*), que le cessionnaire d'un prix de vente n'est pas, au cas d'éviction de l'immeuble vendu, soumis envers l'acquéreur à une véritable obligation de garantie, elle l'a même exempté de la restitution du prix, par le motif que l'art. 1377 n'accorde l'action en répétition que pour cause d'erreur, confondant ainsi à tort la *condictio indebiti*, qui est effectivement fondée sur l'erreur, avec la *condictio sine causa*, qui ne l'exige pas. Nous ferons, au surplus, remarquer que la question actuelle diffère essentiellement de celles que nous avons examinées au n° 3 du § 342, et résolues par application de la maxime : *Nulla est repetitio ab eo qui suum recepit.* Cette maxime, en effet, ne saurait être invoquée par le cessionnaire d'un prix

Du reste, les règles développées au nº 4 du paragraphe précédent sur les suites juridiques de la *condictio indebiti*, s'appliquent également aux actions en répétition dont nous nous occupons ici. C'est ainsi que les intérêts des sommes à restituer sont dus, lorsqu'elles ont été reçues de mauvaise foi, du jour du paiement, et non pas seulement à partir de la demande [19].

CHAPITRE III

DES DÉLITS

Sources. *Code Napoléon*, art. 1302 et 1383. — Bibliographie. *De l'action publique et de l'action civile*, par Mangin; 2e éd., Paris, 1844, 2 vol. in-8°. *De l'action publique et de l'action civile*, t. II et III, *de l'Inst. crim.*, par Faustin-Hélie. *Traité général de la responsabilité, et de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, par Sourdat; Paris, 1852, 2 vol. in-8°.

§ 443.

Notions générales sur les délits.

Le mot *délit* a, en Droit civil, une signification différente de celle dans laquelle il se prend en Droit criminel [1]. En Droit civil, il désigne toute action illicite par laquelle une personne lèse sciemment et méchamment les droits d'autrui. En Droit criminel, il désigne toute infraction définie et punie par la loi pénale [2].

de vente, qui, après éviction de l'immeuble vendu, se trouve détenir sans cause, le prix soldé entre ses mains.

[19] La jurisprudence a fait application de cette règle aux intérêts des sommes payées en vertu d'un traité secret, à titre de supplément de prix d'office. Req. rej., 3 janvier 1849, Sir., 50, 1, 380. Civ. rej., 19 avril 1852, Sir., 52, 1, 449. Civ. cass., 30 janvier 1853, Sir., 53, 1, 349. Angers, 10 décembre 1853, Sir., 54, 2, 529. Civ. rej., 28 mai 1856, Sir., 56, 1, 537, Req. rej., 5 novembre 1856, Sir., 56, 1, 916. Metz, 29 mars 1859, Sir., 59, 2, 540. [Voy. dans un ordre d'idées voisin : Req., 11 déc. 1888, Sir., 89, 1, 80.]

[1] Cpr. sur la différence de ces deux significations : Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1481 et suiv : Zachariæ, § 443, texte, notes 1 et 2.

[2] Les délits de Droit criminel se divisent en crimes, en délits propre-

Les délits civils ne constituent pas tous [des] délits de Droit criminel ; car la loi pénale n'incrimine pas tous les actes qui portent atteinte aux droits d'autrui [3]. Réciproquement, les délits de Droit criminel ne constituent pas tous [des] délits civils. D'une part, en effet, la loi pénale incrimine des actes qui ne font que menacer ou compromettre le maintien ou l'exercice de certains droits, sans y porter une atteinte actuelle, et sans qu'il en soit résulté aucun dommage matériel ou moral [4]. D'autre part, elle incrimine quelquefois des actes dégagés de toute intention de nuire [5].

Les dispositions de la loi pénale sur les demandes en réparation de dommages causés par des actes qu'elle a incriminés, ne s'appliquent aux délits civils qui ne sont pas en même temps des délits de Droit criminel, qu'autant que le motif sur lequel elles reposent justifie cette extension [6].

[Sans préjuger ici de la question de l'application de la loi pénale aux personnes juridiques, elles sont, en tout cas, tenues, au besoin devant les juridictions de répression, de la réparation civile du dommage résultant des délits, au sens pénal du mot, de leurs agents, membres ou représentants, ainsi que des frais [7], pourvu, d'ailleurs,

ment dits et en contraventions, selon qu'ils sont punis d'une peine afflictive ou infamante, d'une peine correctionnelle, ou d'une peine de simple police. Code pénal, art. 1.

[3] Ainsi, par exemple, le stellionat n'est pas incriminé par la loi pénale, quoiqu'il soit, en certains cas, un véritable délit civil. Cpr. art. 2059. Zachariæ, § 443.

[4] C'est ainsi que la loi pénale punit la simple tentative de crime ainsi que celle de certains délits, et que, dans un but purement préventif, elle frappe de peines de simple police une foule de contraventions qui, par elles-mêmes, n'entraînent pas nécessairement de dommage. Cpr. Code pénal, art. 2 et 3, 471 et suiv.

[5] Tel est, par exemple, l'homicide commis par imprudence. Code pénal, art. 319 et 320.

[6] Cpr. Code d'instruction criminelle, art. 1 à 4, 365 et suiv. ; Code pénal, art. 51 à 55, 468 et 469. Zachariæ, § 443.

[7] Alger, 29 mars 1879, Sir., 80, 2, 79 (contrefaçon par un agent, dommages-intérêts, compétence du Tribunal correctionnel). Civ. cass., 20 août 1879, Sir., 80, 1, 55 (contravention de police par un agent de la

que les faits constitutifs du délit se rattachent aux opérations que ladite personne morale a pour objet : ce qui, bien entendu, n'exclut pas la responsabilité personnelle de leurs agents, membres ou représentants, s'il y a lieu[8].]

[Les dispositions de la loi civile sur les délits civils peuvent être étendues, en droit interne, mais ne doivent l'être qu'avec précaution, aux hypothèses sur lesquelles la législation spéciale aux matières dont ces hypothèses dépendent est restée muette à cet égard [9].]

société, dommages-intérêts, compétence de la juridiction civile). Cpr. en ce sens Lyon. 1er juillet 1872, Sir., 73, 2, 42 (contrebande de tabac, par l'agent d'une compagnie de chemins de fer, poursuite de l'administration des douanes, compétence du Tribunal correctionnel). Cpr. sur cet arrêt de la cour de Lyon, § 447, texte et note 40. Voy. enfin sur la solution de principe que la présente note a pour objet, § 445, note 15 *ter*, et § 447, note 43 *bis*.]

[8 Voy. § 445, addition à la note 6. Cpr. la note de M. Planiol, Dalloz, 1893, 2, 305.]

[9 En dehors des cas dans lesquels l'application de l'art. 1382 aux hypothèses susvisées s'impose, — soit parce que le texte même de la loi qui prévoit ces hypothèses vise une condamnation à des dommages-intérêts qui ne peuvent être que ceux de l'art. 1382 (art. 52, voy. § 62, texte *in fine*), soit parce que, en l'absence d'un texte spécial qui ait prévu ces hypothèses, le droit commun de l'art. 1382 les régit nécessairement (voy. § 183, texte et note 29, § 194, *in principio*, § 298 *ter*, texte et note 47 *bis*, § 317, texte et note 20, § 343 *bis*, texte et note 22, § 355, texte et note 23, § 366, texte et note 34 *ter*), — il y a lieu de se demander si l'on peut compléter par l'application subsidiaire de l'art. 1382 : 1° le régime complet en apparence, établi par la loi pour certaines institutions, en dehors et abstraction faite des règles et même de la question de la responsabilité civile, et considéré en pratique comme insuffisant, dans des cas où, en l'absence d'une réglementation spéciale, on n'hésiterait pas à appliquer l'art. 1382 (voy. par exemple § 209, texte et note 82, et § 704, texte, à la lettre *a*, *in fine* : § 218, texte et note 45, § 538, texte et note 32, § 569, texte et notes 9 et 9 *bis*, § 647, texte et note 3 *ter*) : 2° le régime établi par la loi pour la détermination de la mesure ou de l'objet de la responsabilité de certaines personnes (voy. par exemple, § 268, texte et note 20 *bis*, § 372 *bis*, texte et note 16, § 372 *series*, texte et notes 3 et 20 : cpr. § 373, note 14 *ter in fine*). La solution affirmative de cette double question, dans toutes les hypothèses auxquelles je viens de renvoyer, supposerait, semble-t-il, une affirmation préalable et implicite, à savoir que le système de réparation du dommage causé par le délit civil, tel qu'il est établi par les art. 1382 et suiv., constitue, à tous égards et en tous cas, le droit commun de la faute délictuelle, naturellement applicable à toute faute dite délictuelle, de telle sorte que, dans toute disposition légale spéciale concernant la responsabilité délictuelle, la

[On ne confondra pas les dispositions de la loi civile sur les délits civils avec les dispositions de la loi civile

mesure de cette responsabilité doive se ramener à la mesure de la responsabilité de droit commun des art. 1382 et suiv., à moins que cette disposition légale spéciale ne pose expressément une règle contraire. La question se présente pour la responsabilité du fait d'autrui, plus précisément, du fait du préposé, art. 1384, et nous l'avons résolue au § 374, texte et note 32 *bis*, en sens contraire de cette proposition générale implicite. Il faut donc se garder ici de toute généralisation imprudente et prématurée. — Tout à l'opposé de l'ensemble de questions que nous venons de soulever, et qui se ramènent toutes, en définitive, à une question d'agencement de textes, l'application de l'art. 1382 considéré comme règle de droit commun soulève une autre difficulté, à laquelle nous avons touché au § 344, texte et note 3, celle de savoir si l'on peut, dans des matières que la loi civile ne règlemente pas, donner satisfaction à l'équité, en faisant servir l'art. 1382 à la sanction de certains engagements auxquels les sanctions ordinaires du droit civil ne s'appliquent pas : nous l'avons résolue affirmativement pour l'hypothèse prévue au § 344, texte et note 3. — C'est dans cet ordre d'idées qu'on a cherché, il y a quelques années, en matière de propriété littéraire et artistique, à sanctionner le droit extrapécuniaire de l'auteur ou de l'artiste sur son œuvre, en se fondant sur l'art. 1382, la violation de ce droit de l'auteur ou de l'artiste, assez improprement qualifié de droit *moral*, en tous cas très différent du monopole d'exploitation réglementé par la loi du 14 juillet 1866, apparaissant aux partisans de la doctrine que je résume comme un délit contre la personnalité littéraire ou artistique de l'auteur. Voy. en ce sens Morillot, *Revue Critique*, 1878, 111 et suiv. Darras, *des Droits des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*, 1887, n° 10. Cpr. Pouillet, *Prop. litt.*, 3e éd., 1908, n° 204 *bis*. Cette conception me paraît devoir être entièrement rejetée. Sans prétendre indiquer ici, ce qui sortirait complètement du cadre de cet ouvrage, les différentes manifestations possibles de ce droit *moral*, qui ne se sont encore affirmées, pour la plupart, tant vis-à-vis de l'éditeur, des créanciers et du conjoint de l'auteur que vis-à-vis de ses collaborateurs ou des copropriétaires de l'œuvre (voy. sur cette distinction du collaborateur et du copropriétaire, Paris, 3 déc. 1891, *Recueil* de Pataille, 1892, 111) que dans des Congrès littéraires ou artistiques (voy. cep. en matière de propriété littéraire : Paris, 5 juillet 1859, Pataille, 1860, 205, Paris, 27 février 1866, Pataille, 1866, 361, Seine, 12 janvier 1875, Pataille, 1875, 187, Pouillet, *Propriété littéraire*, 3e éd., 1908, nos 157 et 175; en matière de propriété artistique, Seine, 29 déc. 1896, Pataille, 1897, 126, Seine, 13 nov. 1900, *Pasicrisie belge*, 1901, 4, 92 : je mets tout à fait à part les difficultés soulevées, en ce qui concerne le droit *moral*, par la mise en communauté de l'œuvre littéraire ou artistique, suivie du divorce et du second mariage du conjoint de l'auteur avec un tiers. Civ. cass., 25 juin 1902, Sir., 02, 1, 305, cpr. § 507, texte et note 11), il me paraît impossible de les ramener à des applications du principe de

la protection de la personne contre les tiers qui y portent injustement atteinte : 1° Le droit *moral* survit incontestablement à l'auteur et même à son monopole d'exploitation, alors au contraire que la disposition de l'art. 1382 ne saurait être appliquée à la protection de la mémoire des morts, abstraction faite de tout préjudice moral personnellement causé à son ayant cause (Paris, 12 nov. 1897, Sir., 98, 2, 199. Cpr. pour la solution différente imposée, dans l'hypothèse d'une diffamation, par le texte de l'art. 34 de la loi du 29 juillet 1881, Alger, 20 février 1897, sous Crim. cass., 29 avril 1897, Sir., 98, 1, 473 et Cass., 15 nov. 1900, Sir., 04, 1, 111 : voy. aussi, sur cette question de diffamation, Cass., 23 mars 1866, Sir., 66, 1, 311, et 5 juin 1869, Sir., 69, 1, 330). 2° Tout le monde admet que le droit *moral* et son complément nécessaire, le droit de poursuivre la réparation de l'atteinte qui y a été portée, peuvent être, par testament, transmis par l'auteur à un tiers autre que son ayant cause à titre universel. Pareille transmission ne se concevrait guère pour l'action en dommages-intérêts de l'art. 1382, s'agissant d'ailleurs de faits illicites postérieurs au décès de l'auteur ou de l'artiste. 3° Enfin, et surtout, le régime international de la répression des délits civils, et celui de la protection du droit *moral*, qui, sans accompagner nécessairement le monopole de l'exploitation de l'œuvre, naît le plus souvent avec lui, sont fort différents, même à n'envisager que les principes généraux du droit et en faisant abstraction des nombreuses conventions intervenues sur la matière. En effet, indépendamment de la question de savoir si l'auteur étranger, quelle que soit d'ailleurs la loi qui régit, au regard de la France, la propriété littéraire ou artistique de son œuvre, peut poursuivre, devant les tribunaux français, le Français ou l'étranger qui a porté atteinte à son droit *moral*, question qui est du ressort de l'art. 11 du Code civil et du décret-loi des 28-30 mars 1852, et qui ne se pose pas pour la poursuite de la réparation du délit civil commis en France envers l'étranger (voy. § 78 texte et note 29), la loi applicable à la répression de la violation du droit *moral* aussi bien que du monopole d'exploitation paraît bien être la loi du lieu de première publication de l'œuvre. Selon moi, c'est là une conséquence, tout à la fois de l'analyse du droit d'auteur, droit réel mobilier, analyse que je ne puis songer à présenter ici, et de la règle que les meubles, envisagés *ut singuli*, sont régis par la loi du lieu où ils sont réellement ou fictivement situés. Pour le régime international de la répression des délits civils, voy. au contraire texte et notes 11 à 13 *infra*. — Ces quelques rapprochements suffisent pour écarter entièrement la doctrine qui résout la violation du droit *moral* de l'auteur en un délit contre sa personne, et c'est tout ce qu'il importait de préciser dans cette note consacrée à l'extension possible de la disposition de l'art. 1382. Ce n'est qu'à titre de complément de l'argumentation qui précède que j'indiquerai, en terminant, qu'il y a lieu, selon moi, de substituer à la conception un peu simpliste que je viens de critiquer, une conception différente, où l'on fait du droit *moral* un simple élément de modification de certaines des conséquences du monopole d'exploitation de l'œuvre. Voy. en ce sens l'arrêt précité de la Chambre civile, du 25 juin 1902.]

sur les peines civiles qui atteignent quelques-uns d'entre eux, dans des hypothèses déterminées [10].]

[10] Le délit civil donne naissance à une action en dommages-intérêts, c'est-à-dire à une action en réparation du préjudice causé, dont le trait essentiel est de mesurer la réparation au préjudice (voy. § 415, texte et notes 9 et suiv., notamment la note 9 *quater*), sans aucune autre considération tirée de la condition des personnes que la perpétration du fait illicite a mises en présence l'une de l'autre, ou d'une fin distincte de la réparation elle-même. La peine privée présente des caractères tout différents : elle n'a point pour objet la réparation adéquate au préjudice, mais bien un bénéfice plus ou moins grand, réalisé par la victime sur l'auteur du fait illicite, et d'un bénéfice dont la détermination, sinon le chiffre, serait légalement fixée dès avant la perpétration du fait illicite et en fonction de considérations étrangères au préjudice qui peut en résulter. Cette notion classique de la peine privée, au sens romain du mot, se retrouve dans certaines institutions de notre droit civil, notamment dans la révocation des donations pour cause d'ingratitude, dans la déchéance des avantages matrimoniaux qui frappe l'époux contre lequel le divorce ou la séparation de corps a été prononcé, dans la déchéance de l'usufruit légal qui frappe le conjoint survivant qui n'a pas fait inventaire de la communauté dissoute (art. 955, 299, 1442). On peut rapprocher de ce premier groupe d'hypothèses celle de l'indignité successorale (art. 727). A côté de ces hypothèses, où les faits qui se trouvent à l'origine de chacune de ces déchéances diverses sont des faits multiples et complexes (cpr. § 515, texte et note 13, § 708, texte et note 1 *bis*), présentant tous, sauf une exception qui n'en est pas réellement une en fait (art. 955), ce caractère général d'impliquer une méconnaissance ou même une violation positive des devoirs de famille, on peut citer deux autres cas, dans lesquels le fait prévu et frappé par la loi civile est plus simple, et ne touche d'ailleurs, comme tel, qu'aux intérêts pécuniaires des parties en présence, la déchéance de l'usufruitier pour abus de jouissance (art. 618) et la privation de part qui atteint le copartageant coupable de divertissement et de recel (art. 792, 1477). Toutes ces déchéances constituent autant de bénéfices, prédéterminés par la loi, sans rapport avec le préjudice causé, pour le donateur, le conjoint non coupable, les enfants mineurs, l'héritier du degré subséquent, — le nupropriétaire et le copartageant victime du recel. Ce sont là de véritables peines privées, au sens romain du mot. Voy. sur cette matière L. Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Paris, 1904. — Deux questions se posent ou sont de nature à se poser, en ce qui les concerne. 1° Celle de savoir si et dans quelle mesure on doit tenir compte de leur caractère de peines pour appliquer aux faits qu'elles frappent les conceptions générales du droit pénal, notamment en ce qui concerne la détermination du moment précis où la perpétration du fait illicite est acquise et le délit consommé, et en ce qui concerne l'effet du repentir spontané de leur auteur. Nous avons prévu la première de ces difficultés, pour la révocation des donations pour

[Dans l'ordre des conflits de lois, la distinction des délits civils et des délits de droit criminel conduit à déterminer de façon différente la loi applicable aux uns et aux autres. — En ce qui concerne les délits civils, c'est-à-dire les faits illicites qui ne constituent une infraction, au sens pénal du mot, pour aucune des législations qui peuvent concourir à les qualifier [11], la loi

cause d'ingratitude, § 708, texte et notes 3 et 3 *bis*, et la seconde, pour le divertissement suivi du recel, § 519, texte et note 15, et § 613, texte et note 56 *septies*. 2° La question de savoir si, en dehors de cette peine privée, le fait illicite qu'elle frappe peut néanmoins donner naissance à une action en réparation du préjudice causé. Nous avons résolu cette question pour le cas de divorce, § 480, texte et note 43, pour le divertissement suivi de recel, § 519, texte et note 18 *bis*, et § 613, texte et note 55 *bis*, enfin pour la déchéance de l'usufruitier pour abus de jouissance, § 128, texte et note 33. On pourrait la poser pour la révocation de la donation pour cause d'ingratitude. Cpr. § 708, texte et note 36. — Nous ne disons rien, dans cette note, des peines privées de procédure, dont l'une au moins, celle de l'art. 740 du Code de procédure, en matière de folle enchère, touche de très près au droit civil, et peut soulever au moins la seconde question que soulèvent, en général, les peines privées du droit civil. Cpr. sur cette peine privée, L. Hugueney, *op. cit.*, p. 153. — Ces indications sur les peines privées seraient incomplètes, si nous n'ajoutions qu'en dehors de l'énumération que nous venons de donner de ces peines, et des différents intérêts pratiques qui s'attachent à leur existence comme telles, il y a lieu de faire une place, dans notre droit civil, à l'influence que la notion de peine privée a exercée, en fait, dans nombre de cas, sur le calcul des dommages-intérêts alloués à la victime d'un délit civil, sur le fondement de l'art. 1382. On relève, dans cet ordre d'idées, des arrêts dont les formules ne laissent pas que d'être inquiétantes, parce qu'elles reposent sur des considérations étrangères à la réparation pure et simple du préjudice causé (Nimes, 17 décembre 1849, Dalloz, 52, 2, 69. Trib. de Nevers, 31 août 1866, Dalloz, 67, 2, 198. Nancy, 9 décembre 1876, Dalloz, 79, 2, 47. Voy. § 445, note 9.) Cpr. L. Hugueney, *op. cit.*, p. 169 et 252. Cela est particulièrement grave dans les cas où le juge condamne l'auteur du fait illicite, comme on admet qu'il peut le faire (voy. § 445, texte et notes 9 *bis* et 9 *ter*), à servir à la victime une rente viagère de caractère alimentaire. Cpr. L. Hugueney, *op. cit.*, p. 102. — Enfin, nous ne saurions nous détacher de cet essai de théorie de la peine privée sans ajouter que dans l'inexécution des obligations conventionnelles, et dans l'évaluation des dommages-intérêts, légaux, ou fixés éventuellement par la convention (hypothèse de la clause pénale), on a retrouvé des traces manifestes de cette notion, diffuse en quelque sorte, de la peine privée. Voy. L. Hugueney, *op. cit.*, p. 168 et 242.]

[11] C'est-à-dire tant pour la loi du lieu de perpétration du fait illicite

applicable tant aux conditions de la perpétration du fait illicite qu'à ses conséquences civiles, est la loi du lieu où le fait illicite s'est produit : pour le cas où la réparation de ce fait serait régulièrement poursuivie devant les juridictions d'un pays différent[12], en France par exemple, si le fait illicite s'était produit à l'étranger, le juge français ne pourrait appliquer à ce fait la loi du lieu où il s'est produit que réserve faite des disposi-

que pour la loi nationale de l'agent (Code d'instruction criminelle, art. 5, loi du 27 juin 1866). On peut songer aussi, dans un système de législation différent, à la loi nationale de la victime et à la loi du lieu de la découverte du délit.]

[12 Voy. comme application : Civ. rej., 16 mai 1888, Sir., 91, 1, 509 (loi du lieu de la saisie indue). Cpr. dans le même sens : Aix, 19 déc. 1892, Sir., 93, 2, 201 (note Naquet) et avec un raisonnement différent, Req. (mêmes parties), 29 mai 1894, Sir., 94, 1, 481 (note critique Lyon-Caen). — Sans prétendre justifier ici la distinction, fondamentale en droit international privé, de la détermination de la loi applicable à un rapport de droit quelconque, et de la détermination de la juridiction compétente pour statuer sur le litige que ce rapport de droit fait naître, et en supposant démontré en principe que l'attribution à un État déterminé de la compétence juridictionnelle sur le litige en question, non seulement n'entraîne pas l'application de la loi de cet État au fond du litige, mais même n'a aucun rapport avec la question toute différente de la détermination de la loi applicable à ce litige, — il suffit de poursuivre la lecture du texte pour apercevoir qu'en particulier, au regard de la France, et en raisonnant sur le cas d'un litige régulièrement soumis, au regard de la France, aux tribunaux français, la compétence des tribunaux français reste indépendante de l'application de la loi française au fond du litige soulevé par la perpétration du délit. Les tribunaux français sont certainement compétents pour connaître d'un délit civil commis à l'étranger : 1° si le demandeur est Français et poursuit un étranger (art. 14), 2° si le demandeur est étranger et poursuit un Français (art. 15), 3° si le demandeur et le défendeur sont étrangers l'un et l'autre et que l'on se trouve, à tout le moins, dans l'une quelconque des hypothèses prévues au § 748 *bis*, texte et notes 39 et 40 et 43. D'autre part, la loi française n'a qualité, pour intervenir, en pareil cas, sur le fond du litige, pour déterminer les caractères et les conséquences du fait prétendument illicite qui sert de base à l'action, qu'en vertu de l'art. 3 du Code civil, c'est-à-dire comme disposition de police, arbitrairement et exceptionnellement applicable à un fait qui s'est produit sur un territoire soumis à une loi différente, seule normalement et rationnellement applicable à sa perpétration et à ses effets. Voy. la note suivante.]

tions de la loi française qui seraient de nature à intervenir en France comme dispositions de police [13], à l'effet

[13] Je suis obligé, bien qu'il s'agisse, dans cette partie du texte, d'une application à la matière spéciale des délits civils, des théories générales de droit international privé qui se rattachent à l'interprétation de l'art. 3, d'expliquer la terminologie dont je me sers, avec tous les internationalistes contemporains, et qui n'est plus tout à fait celle dont MM. Aubry et Rau ont fait usage au § 31. Cette terminologie recouvre elle-même, sur des points essentiels, des conceptions qui me sont personnelles, et qui s'appuient, dans ma pensée, sur la jurisprudence française non moins que sur la jurisprudence étrangère en matière de droit international privé : je les ai exposées dans mes *Etudes de Droit international privé*, Paris, 1899, p. 189 à 284. Il m'est impossible, ici, de renvoyer au § 31 du *Cours de Droit civil français*. — Lorsque la loi française intervient, comme disposition de police, par application et pour employer l'expression de l'art. 3, pour régir un rapport de droit quelconque renfermant un élément quelconque d'extranéité (c'est-à-dire concernant soit des personnes de nationalité étrangère ou domiciliées à l'étranger, soit des biens réellement ou fictivement situés à l'étranger, soit enfin des actes juridiques passés ou des faits matériels survenus à l'étranger), elle n'inter ient pas en vertu de principes rationnels de solution du conflit des lois (c'est-à-dire en vertu des principes tels qu'au regard des États qui font partie de la communauté internationale au même titre que la France, et qui professent, en droit international privé, les mêmes doctrines générales que la France, l'application de la loi française à ce rapport de droit soit considérée comme juste, par conséquent eût été faite, au besoin, par leurs propres juridictions, et soit, en tous cas, ratifiée par elles dans une procédure *d'exequatur* du jugement français à l'étranger) : elle intervient à un titre tout différent. Elle intervient par voie de substitution, imposée au juge français par le législateur français, sur le territoire français (toutes formules qui marquent fortement qu'il s'agit ici d'une conséquence de la souveraineté de l'État sur son territoire), de la loi française à la loi étrangère qui serait appelée à régir le rapport de droit litigieux, d'après les principes mêmes de solution du conflit des lois qui constituent le système français de droit international privé, en même temps que le système de droit international privé des États qui font partie de la communauté internationale. L'expression de « disposition de police » employée par l'art. 3, n'est d'ailleurs pas heureuse. Les internationalistes se servent plutôt de l'expression de « disposition d'ordre public international », et ce changement de terminologie éclaire, du même coup, l'ensemble de ce difficile sujet. La loi française, ainsi substituée à la loi étrangère normalement compétente — on sait maintenant ce que cela veut dire — lui est substituée, d'autorité, pour des raisons particulières au législateur français statuant pour le territoire français, et l'explication de cette substitution doit vraisemblablement être cherchée dans l'idée que, sur les points sur lesquels la loi française intervient comme

d'en atténuer les conséquences [14]. En sens inverse, il se pourrait que la loi locale ne considérât pas comme illicite le fait litigieux, et que le juge français régulièrement saisi, écartât l'application de la loi locale, pour lui substituer les dispositions correspondantes de la loi française, envisagées comme dispositions de police, et allouât à la victime les dommages-intérêts prévus par l'art. 1382. — En ce qui concerne les faits illicites constitutifs, au regard de l'une quelconque des législations qui peuvent

disposition d'ordre public, l'État français cesse de se considérer comme tenu de faire bénéficier l'État étranger de l'application des principes de droit international privé qu'ils acceptent l'un et l'autre, bref, cesse, dans cette mesure et sous ce point de vue, de se considérer comme faisant partie de la communauté internationale avec lui. Toute différente dans son esprit et dans ses conséquences est l'application au fait prétendument illicite de la loi du lieu où il s'est produit. On peut, là aussi et bien plus justement, se servir de l'expression de disposition de police, par opposition à l'expression de disposition d'ordre public international. La loi du lieu de perpétration du fait illicite saisissant ce fait à sa naissance, pour la seule raison qu'il s'est produit sur son territoire et qu'elle y est maîtresse, son application apparaît comme pleinement justifiée en raison, non seulement pour l'État auquel elle correspond, mais pour tous les États qui font partie de la communauté internationale, et qui n'ont pas, pour elle, la répugnance que peut avoir en particulier, sur ce point, le législateur français, pour son application sur le territoire français. — On se rend compte, d'après ce qui vient d'être dit, du raisonnement par lequel on arrive à la solution donnée au texte. Le fait illicite s'étant produit à l'étranger, et le juge français étant régulièrement saisi, par hypothèse, de l'action en dommages-intérêts qui y correspond, la loi applicable, pour lui, est la loi du lieu de perpétration, normalement compétente. Mais il se trouve que sur tel ou tel point, concernant la définition de ce fait ou la détermination de ses conséquences, le calcul des dommages-intérêts, par exemple, la loi étrangère apparaît au juge français comme trop différente des conceptions sur lesquelles repose, dans cet ordre d'idées, la loi française : il cesse alors de se considérer comme tenu de l'appliquer, et il lui substitue, par une exception que l'art. 3 du Code civil lui permet, et même lui impose, d'apporter à nos propres règles de conflit, la loi française : seulement, cette substitution, à raison de son caractère exceptionnel et par conséquent arbitraire, n'a, théoriquement et pratiquement, de valeur qu'en France. E. B.].

[14] Voy. Bartin, *Études de Droit international privé*, 1899, p. 203. Paris, 7 déc. 1885, Clunet, 1886, 713, Angers, 15 décembre 1891, Clunet, 1892, 1144. Cpr. note sous Seine, 30 avril 1910, Revue Lapradelle, 1910, 834 *in fine*.]

concourir à les qualifier [15], d'un délit de Droit criminel en même temps que d'un délit civil, la loi applicable tant aux conditions de la perpétration du fait illicite qu'à ses conséquences civiles, est la loi du juge régulièrement saisi de la poursuite pénale [16], mais la qualification civile qu'elle donne du fait illicite, par le ministère du juge qui rend la justice en son nom, n'a, vis-à-vis d'un État tiers, que la valeur de la qualification pénale qu'elle en donne également [17].]

§ 444.

Des éléments du délit.

Tout délit consiste dans un fait de l'homme. Ce fait peut être un fait négatif ou d'omission, aussi bien qu'un fait positif ou de commission [1 *bis*]. Toutefois, une personne qui, par quelque omission, a occasionné un dommage à autrui, n'en est responsable, qu'autant qu'une disposition de la loi lui imposait l'obligation d'accomplir le fait omis [1].

[15] Voy. la note 11 *supra*.]

[16] Réserve faite, cela va de soi, du point de savoir si la poursuite pénale ainsi engagée dans l'un des États visés à la note 15 *supra* et conformément à la législation de cet État, est de nature à mettre obstacle, tant qu'elle n'a pas abouti à une décision judiciaire, à toute poursuite pénale ou même civile devant les juridictions d'un autre État, par exemple, devant les juridictions de l'État dont la victime ou l'auteur du délit est le ressortissant. Je n'ai pas à discuter ici cette question de litispendance en droit pénal international.]

[17] Cette proposition se rattache à l'examen de la question plus générale de savoir quels sont, dans cet État tiers, en France par exemple, les effets, au point de vue civil, des jugements étrangers en général, c'est-à-dire tant des jugements étrangers de répression, que des jugements étrangers rendus en matière civile. Nous examinerons ces difficultés aux §§ 769 *bis* et 769 *ter*.]

[1 *bis*. Cpr. comme exemples, à des points de vue très différents : Montpellier, 22 janvier 1873, Sir., 73, 2, 71. Paris, 4 juin 1875, sous Civ. rej., 1er août 1876, Sir., 76, 1, 457.]

1 Proudhon, *De l'usufruit*, II, 1489. Marcadé, sur les art. 1382 et 1383, n° 2. Larombière, *Des obligations*, V, art. 1382 et 1383, nos 6 et 7. Zachariæ, § 444, texte et note 1. — Toullier (XI, 117), plaçant les faits d'omission

[On doit considérer comme un délit le concours apporté par un tiers aux faits constitutifs de l'inexécution d'une obligation contractuelle, et à plus forte raison les sollicitations suivies d'effet, dont le débiteur de cette obligation contractuelle a été l'objet du chef du tiers susvisé [1] *ter.*]

sur la même ligne que les faits de commission, enseigne que celui qui, pouvant empêcher une action nuisible, ne l'a pas empêchée, est censé l'avoir commise lui-même. Mais les autorités mêmes que cite cet auteur prouvent que sa proposition est beaucoup trop générale. *Qui non facit quod facere* DEBET, *videtur facere adversus ea quæ non facit.* L. 121, D. *de R. J.* (50, 17).

[1 *ter.* Cette question curieuse, qui donne un intérêt nouveau à la distinction célèbre de la faute délictuelle et de la faute contractuelle, et sur laquelle on ne peut signaler qu'une monographie, celle de P. Hugueney, *De la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, Paris, 1910 (voy. cep. la note de M. Lacour sous Cass., 8 nov. 1904, Dall., 06, 1, 489, et les notes anonymes sous Cass., 27 mai 1908 et 8 nov. 1904, précité, Sir., 10, 1, 119 : cpr. Demogue, *Revue Trimestrielle*, 1905, p. 330, et 1906, p. 158), se présente aujourd'hui plus souvent que par le passé, principalement en matière d'obligations de faire, soit lorsqu'un maître ou un patron se voit enlever un domestique, un ouvrier ou un employé, par un tiers qui prend ce domestique, cet ouvrier ou cet employé à son service, après avoir provoqué la rupture du contrat de louage de services qui les liait envers le maître ou le patron (Cass., 28 nov. 1898, Dall., 99, 1, 47: Cass., 27 mai 1908, précité ; même question pour les relations des directeurs de théâtre et des artistes, Paris, 24 nov. 1904, Sir., 05, 2, 284), soit lorsqu'un tiers provoque une grève, impliquant la rupture du contrat de louage de services de la masse des ouvriers d'une usine (Toulouse, 20 juillet 1896, sous Req., 29 juin 1897, Sir., 98, 1, 17, et la note de M. Esmein). Il y a des exemples du même genre, en matière d'obligations de ne pas faire, par exemple au cas où un tiers s'associe, en connaissance de cause, avec une personne que lie, vis-à-vis d'un concurrent de la première, une clause de non concurrence (Cass., 8 nov. 1904, précité). Voy. encore, dans un ordre d'idées assez différent (opération faite au préjudice du mandant, avec un tiers de mauvaise foi, par le mandataire) : Cass., 5 nov. 1900, Dall., 02, 1, 5: Cass., 26 avril 1906, Dall., 08, 1, 500. Ces hypothèses, de physionomie très moderne, sont loin d'être les seules, et on peut en retrouver de tout à fait semblables dans les applications anciennes de théories classiques Voy. pour l'inexécution d'une promesse de vente : Nancy, 4 avril 1906, Sir., 06, 2, 241 et la note de M. Bourcart, et, pour le cas d'une aliénation d'immeuble consentie par le vendeur à un tiers de mauvaise foi, au préjudice d'un premier acquéreur qui n'a pas fait transcrire son titre, § 209, texte et note 82. Enfin, il est à peine besoin de rappeler que l'action

Un fait dommageable ne constitue un délit que sous les conditions suivantes :

1° Il faut qu'il soit illicite, c'est-à-dire qu'il ait porté atteinte à un droit appartenant à autrui, et qu'il ne

paulienne dirigée contre le tiers de mauvaise foi qui a traité avec le débiteur *defraudator* correspond précisément au délit civil que ce tiers a commis envers les créanciers du *defraudator* (voy. § 313, texte 1°) en l'aidant ainsi à se rendre insolvable. Voy. aussi texte et note 4 *bis infra*. — Quel que soit le nombre de ces applications diverses, l'idée générale à laquelle elles se rattachent soulève une double difficulté, la première à peine spécieuse, et la seconde beaucoup plus délicate : 1° On se demande d'abord s'il n'est pas contraire à la règle que les contrats n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, de permettre à la victime de l'inexécution des obligations nées du contrat, de s'en prendre à un tiers en lui reprochant d'avoir aidé à la violation d'un contrat qui ne le liait point, art. 1165. On a répondu très justement qu'il ne s'agit point ici de faire produire au contrat lui-même un effet contre le tiers qui est resté étranger à sa formation, mais seulement d'obtenir de ce tiers réparation du préjudice résultant pour le créancier du *fait* de l'inexécution du contrat. Les jurisconsultes romains, qui connaissaient, comme nous, la règle *res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest*, n'hésitaient point à donner, en pareil cas, l'action *de dolo*, qui correspond, sur ce point, à notre action en dommages-intérêts fondée sur l'art. 1382 (l'action *legis aquiliae* n'étant pas possible, pour des raisons qui tenaient à la nature même des faits contre lesquels l'action *legis aquiliae* avait été imaginée). Voy. fr. 18, § 5, Dig. IV, 3. Cette objection a été aisément écartée par la jurisprudence : Cass., 4 mars 1902, Sir., 02, 1, 224. 2° On se demande en second lieu si la responsabilité du tiers qui a aidé à la violation d'une obligation contractuelle, est une responsabilité distincte et indépendante de celle du débiteur lui-même, directement fondée sur le délit civil que ce tiers a commis envers le créancier, ou bien, au contraire, si cette responsabilité reste une responsabilité d'emprunt, dérivée de celle du débiteur et se mesurant par conséquent sur elle quant à ses effets, bref, pour employer ici la terminologie et par là même peut-être les conceptions du droit pénal, une responsabilité de complice et non pas d'auteur principal. Le titre même de la monographie citée au début de cette note indique assez en quel sens se prononce son auteur. L'intérêt pratique le plus immédiat qui s'attache à l'opposition de ces deux conceptions se rencontre dans le calcul des dommages-intérêts auxquels peut être condamné l'auteur du délit. La première formule conduit à lui appliquer, à ce point de vue, la règle posée au § 445, texte et note 11. Voy. en ce sens § 446, texte et note 6 *sexies*. Avec la seconde, on applique naturellement la règle contraire. Nous pensons que la réponse qui a été faite plus haut à l'objection tirée, contre l'ensemble de cette théorie, ou plutôt, contre la question même qu'elle a pour objet, de l'art. 1165, impose l'adoption de la première formule. La seconde rend à cette objection toute sa force.]

constitue pas, de la part de son auteur, l'accomplissement d'une obligation légale [2], ou l'exercice [légitime [2 *bis*]

[2] Ainsi, par exemple, l'accusé acquitté ne peut, sauf dans le cas où il y a lieu à prise à partie, réclamer des dommages-intérêts contre le ministère public. Merlin, *Rép.*, v° Réparation civile, § 2, n° 4. [La cour de cassation (Req., 20 février 1878, Sir., 78, 1, 366) a très exactement appliqué la règle posée au texte à l'hypothèse de l'exécution par le maire d'une commune, d'un arrêté préfectoral ultérieurement annulé pour excès de pouvoirs, et dont une décision ministérielle avait, au préalable, suspendu l'exécution, aucun avis officiel n'ayant été donné au maire de ce sursis dont la communication officieuse lui avait été tardivement faite. L'application de la règle posée au texte suppose d'ailleurs que l'auteur du dommage dont réparation est demandée, et qui allègue, pour se défendre, qu'il n'a fait qu'obéir aux ordres de l'autorité, justifie, s'il y a lieu, d'ordres précis et formels lui ayant enjoint d'accomplir l'acte dommageable. Cass., 1er mars 1875, Sir., 1876, 1, 309. Cpr., mais comme analogie seulement, Paris, 29 mars 1876, Sir., 76, 2, 175.]

[2 *bis*. L'adjectif que j'ajoute à la formule du texte, considérée aujourd'hui par beaucoup de jurisconsultes, comme insuffisante, vise la question devenue classique de l'usage abusif des droits, ou plus brièvement, de *l'abus du droit*. Cette expression ambiguë recouvre en réalité deux idées fort différentes, l'une, selon nous, inacceptable dans l'état actuel des textes, et l'autre juste, mais déjà implicitement comprise dans la formule classique de l'exercice des droits. 1° Abuser de son droit, ce serait, pour certains jurisconsultes, exercer son droit dans l'intention de nuire à autrui. Autrement dit, l'intention de nuire serait, à elle seule, constitutive d'un délit civil, quelque fondé que fût, en droit, l'auteur de l'acte incriminé, à l'accomplir. (Voy. en ce sens la note de M. Josserand, sous deux jugements du trib. de commerce d'Épernay, 28 février 1906, du trib. civil de Lille, 12 nov. 1906, et sous un arrêt de la Cour de Lyon, 23 janvier 1907, Dall., 1908, 2, 73, avec de copieuses références, notamment à une communication de M. Saleilles à la société d'Études législatives, *Bulletin de la Société*, 1905, 325, et à une étude de M. Charmont, *Revue trimestrielle*, 1902, 113 : *adde* Saleilles, *Théorie générale de l'obligation d'après le Code civil allemand*, n°s 310 et suiv.) Cette première forme de la doctrine de l'abus du droit nous paraît inacceptable pour bien des raisons, dont la première, et non la moins forte, est que, dans les exemples mêmes sur lesquels la note de M. Josserand a été faite, ce n'est pas, à proprement parler, d'intention de nuire qu'il s'agit : l'intention du patron qui refuse d'embaucher un ouvrier syndiqué, parce qu'il est syndiqué (jugements précités de Lille et d'Épernay), n'est nullement l'intention de nuire à l'ouvrier syndiqué ou au syndicat, mais seulement l'intention d'échapper aux conséquences du fonctionnement du syndicat, et aux éventualités de grève qu'elles comprennent : pareillement, l'intention du père qui refuse son consentement au mariage de son fils avec la jeune fille qu'il a séduite (arrêt précité de la Cour de Lyon, cpr. § 462, note 41),

n'est nullement l'intention de nuire à cette jeune fille, mais simplement l'intention de soustraire son fils aux risques d'une union dont les manifestations ont été prématurées. Si des intentions de ce genre suffisent pour constituer l'intention de nuire et par conséquent le délit civil, on aperçoit tout de suite à quelle inquisition des mobiles des actes les plus légitimes cette doctrine aboutit. Elle se présente comme ayant pour objet de réprimer l'intention de nuire, elle vise en réalité à réprimer, non pas l'intention caractérisée de nuire à une personne déterminée, mais plus généralement l'intention contre laquelle on peut élever, d'un point de vue social et humanitaire, des critiques plus ou moins justifiées. Les juges ne sont cependant pas des censeurs. Nous touchons à la confusion de la morale et du droit (§ 1, *princip.*, § 297, texte et note 32, § 692). Voy. la note de M. Esmein, Sir., 1898, 1, 17, *in fine*. — Il est d'ailleurs à peine besoin d'ajouter à cette première critique toutes les objections qu'on peut tirer, contre cette doctrine, du caractère arbitraire de la preuve applicable à ces recherches psychologiques de mobile et d'intention. Nous nous bornerons à argumenter d'un seul exemple, emprunté à la matière de l'action Paulienne, où l'intention du débiteur de frauder ses créanciers joue le rôle que l'on sait, et où l'on a dû ramener la preuve de cette intention de leur nuire, à une présomption fondée sur le fait, plus facile à établir, de la simple connaissance qu'avait le débiteur de son insolvabilité. Voy. § 313, texte et notes 20 et 21. La doctrine de l'abus du droit, sous la première forme qu'elle affecte ici, aboutira inévitablement à transformer des exigences de preuve, dans lesquelles la personne incriminée trouve sa plus légitime garantie contre l'extension indéfinie de la notion d'abus du droit, mais auxquelles il est pratiquement impossible de donner satisfaction complète, en un système moins rigoureux de présomptions dont il est, pour cette raison, difficile de mesurer le danger. Voy. en ce sens Planiol, *Revue critique*, 1905, 290, et *Précis de droit civil*, II, n° 871. Esmein, note au Sirey, 1898, 1, 17, sous l'arrêt de la Cour de Cassation du 29 juin 1897. Voy. en sens contraire, Civ. cass., 9 juin 1896, Sir., 1897, 1, 25 (renvoi d'un contremaître par le patron sur l'injonction de ses ouvriers). Il nous semble toutefois que les considérants de l'arrêt pourraient être interprétés dans un sens moins catégoriquement favorable à cette première forme de la doctrine de l'abus du droit. En tous cas, la Chambre civile nous paraît avoir été mieux inspirée dans son arrêt du 15 février 1882 (Civ. cass., 15 février 1882, Sir., 82, 1, 193, et la note de M. Lacointa), quand elle a refusé de considérer comme un délit civil la dénonciation d'une contravention à la loi fiscale faite uniquement dans l'intention de nuire au contribuable délinquant. — 2° Abuser de son droit, cela peut s'entendre en un tout autre sens que celui où nous avons d'abord et jusqu'à présent pris l'expression. Cela peut signifier qu'aucun droit n'est absolu, et que l'exercice d'un droit quelconque peut devenir illégitime, lorsque les actes constitutifs de cet exercice ne répondent plus à l'intérêt en vue duquel ce droit a été reconnu par la loi, quel que soit d'ailleurs le mobile, malicieux ou non, qui les explique. Voy. comme exemple Req., 10 juin 1902, Sir., 03, 1, 11 (hypo-

d'un droit [3]. [Peu importe, d'ailleurs, s'il ne constitue ni l'accomplissement d'une obligation légale, ni

thèse de travaux de forage exécutés par un propriétaire sur son propre fonds, sans aucune utilité pour sa propre source, et au grave préjudice des propriétaires des sources voisines), les considérants de l'arrêt ne font aucune allusion à l'intention malicieuse de l'auteur des travaux de forage. Voy. pour une hypothèse semblable, Lyon, 18 avril 1856, Dall., 56, 2, 199. Cpr. l'arrêt bien connu relatif à l'érection de fausses cheminées destinées à barrer la vue du voisin : Colmar, 2 mai 1855, Dall., 1856, 2, 9. Il y a d'ailleurs lieu d'ajouter que dans ces deux arrêts des cours de Colmar et de Lyon, l'intention de nuire est incidemment et subsidiairement relevée. Mais la question de l'exercice légitime ou illégitime du droit de propriété peut et doit être discutée, dans ces deux hypothèses, comme dans toutes celles qu'on en peut rapprocher, abstraction faite de l'intention de nuire, dont l'absence, même si elle était démontrée en fait, ne modifierait pas la solution. L'application de l'art. 1382 nous paraît ici tout à fait légitime et naturelle, réserve faite des difficultés qui s'élèveront toujours sur la détermination de l'intérêt en vue duquel a été conféré le droit dont l'exercice est en jeu, et sur la question de savoir si les faits incriminés répondent ou non à cet intérêt. On peut, dans cet ordre d'idées, toujours discuter, mais le principe lui-même est au-dessus de toute contestation, et il était bien inutile d'inventer une expression nouvelle pour un truisme aussi ancien. Il y aurait seulement lieu d'indiquer ici les principales hypothèses dans lesquelles la légitimité de l'exercice d'un droit est discutée. On a essayé de faire ce classement au § 446, note 1 *quinquies*. — Nous n'ajouterons plus qu'un mot relatif à la complication qui peut se présenter dans l'hypothèse où la personne qui se plaint de l'exercice abusif du droit d'une autre, par exemple de son voisin, se fonde, pour le faire, non pas, comme nous l'avons toujours supposé jusqu'ici, sur les principes généraux du droit, d'où résulte la conciliation légale des droits en conflit, mais sur un acte juridique, à elle antérieurement consenti par la personne qu'elle poursuit, et relatif à la chose même au préjudice de laquelle se sont produits les faits incriminés. En pareil cas, on invoque vainement l'art. 1382, pour ajouter des obligations implicites, c'est-à-dire nouvelles, aux obligations conventionnellement assumées par l'auteur de ces faits. Req. 20 février 1911, Sir., 11, 1, 510.]

[3] *Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur*. L. 55, D. *de R. J.* (50, 17). Voy. aussi : L. 15, *eod. tit.* Toullier, XI, 119. Duranton, XIII, 699. Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1485 et 1486. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1382 et 1383, n° 10. Colmet de Santerre, V, 361 *bis*. II. Zachariæ, § 444, texte et note 13. [Voy. comme exemple : Civ. cass., 13 avril 1886, Sirey, 89, 1, 312.] — On doit décider, par application du principe posé au texte, que l'accusé, acquitté comme ayant agi en état de légitime défense, ne peut être condamné à des dommages-intérêts envers la partie civile. Mangin, *De l'action publique*, II, 433. Civ. cass., 19 décembre 1817, Sir., 18, 1, 170.

l'exercice d'un droit, qu'il ait pour origine un acte de contrainte matérielle [3] *bis.*]

Tout droit peut être la matière d'un délit ; peu importe que ce droit porte sur un objet extérieur, ou qu'il se confonde avec l'existence de la personne à laquelle il appartient [4]. [Il suit de cette proposition générale que le tiers qui a coopéré à la fraude pratiquée par un débiteur dans le but de soustraire une partie de ses biens à la poursuite de ses créanciers, peut être déclaré responsable du préjudice que ceux-ci en éprouvent, notamment si l'action de l'art. 1167 leur est refusée [4] *bis.*]

2° Il faut que le fait soit imputable à son auteur, c'est-à-dire qu'il puisse être considéré comme le résultat d'une libre détermination de sa part.

Il suit de là que l'insensé [4] *ter*] et l'enfant encore privé de tout discernement sont dans l'impossibilité de commettre un délit, et ne sont pas, même civilement, responsables des dommages qu'ils causent [5], sauf, bien entendu,

Rennes, 25 avril 1836, Sir., 37, 2, 271. Cpr. Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, I, p. 281. Voy. en sens contraire : Cour d'assises de l'Aveyron, 13 novembre 1835, Sir., 36, 2, 357.

[3] *bis.* Trib. de Rocroi, 16 janvier 1873, Sir., 1873, 2, 233 (responsabilité civile encourue, envers les familles des victimes, par les personnes prises comme otages par l'autorité militaire allemande, et sur la désignation militairement exigée desquelles, d'autres personnes, saisies au même titre qu'elles, avaient été mises à mort).]

[4] C'est ainsi, par exemple, que l'honneur et la réputation d'une personne peuvent être la matière d'un délit. [Pareillement, sa liberté, Cass., 16 janvier 1901, Sir., 04, 2, 172.]

[4] *bis.* Cass., 2 avril 1872, Sir., 73, 1, 217. Cpr. Cass., 1er août 1876, Sir., 76, 1, 457. Paris (deux arrêts), 21 nov. 1881, Sir., 83, 2, 114.]

[4] *ter.* Réserve faite toutefois du cas où la folie serait le résultat d'excès de débauche et d'abus de liqueurs alcooliques. Caen, 9 nov. 1880, Sir., 82, 2, 118. Cpr. note 8 *infra.*]

[5] Pothier, *Des obligations*, n° 118. Delvincourt, III, p. 452. Favard, *Rép.*, v° Délit, n° 1. Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1525 et 1526. Rivière, *Revue de législation*, 1846, I, p. 304. Marcadé sur les art. 1382 et 1383, n° 1. Sourdat, I, 16 et 416. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1382 et 1383, n° 20 et 21. Colmet de Santerre, V, 364 *bis*, III. Labbé, *Revue critique*, 1870, XXXVII, p. 109. Zachariæ, § 444, notes 2 et 3. Caen, 2 décembre 1853, Sir., 54, 2, 385. Agen, 9 novembre 1864, Sir., 65, 2, 230. Req. rej., 14 mai 1866, Sir., 66, 1, 237. Aix, 7 décembre 1866, Sir., 67, 2, 263. [Lyon,

la responsabilité des personnes sous la garde desquelles ils se trouvent[6].

Mais le mineur en âge de discernement et l'individu pourvu d'un conseil judiciaire sont responsables des délits qu'ils commettent[7]. D'un autre côté, l'ivresse n'est pas un motif d'excuse[8].

3° Il faut enfin que l'auteur du fait ait agi sciemment et dans l'intention de nuire à autrui. C'est par ce caractère que les délits (*facta dolosa*) diffèrent des simples quasi-délits (*facta culposa*)[9].

22 février 1871, Sir., 71, 2, 8. Req. 21 octobre 1901, Sir., 02, 1, 32. (Il est permis de trouver un peu indulgente la solution de la cour d'appel dans cette hypothèse de jalousie : cpr. anal. note 8 *infra*). — En sens inverse, le mineur, même impubère (la cour de Bordeaux ne définit pas le sens de cette expression), est tenu de réparer le dommage causé par sa faute, s'il a l'intelligence assez développée pour en comprendre la portée. Bordeaux, 23 janvier 1905, Sir., 05, 2, 188. Voy. § 747, texte et note 46. Cpr. Nancy, 26 mai 1888, sous Civ. rej., 13 janvier 1890, Sir., 91, 1, 49, et la note de M. Labbé.] Voy. en sens contraire [de l'opinion formulée au texte] : Merlin, *Rép.*, v° Blessé, § 3, n° 4, v° Démence, § 2, n° 3 et 4 ; Carnot, *Code pénal*, sur l'art. 64, n° 3 ; Legraverend, *Instruction criminelle*, I, p. 462 ; Montpellier, 31 mai 1866, Sir., 66, 2, 359. — Il est bien entendu que, si un homme, habituellement en démence, avait commis un délit dans un intervalle lucide, il serait obligé à réparer le tort qui en serait résulté, encore que son interdiction eût été antérieurement prononcée. L'art. 502 serait sans application en pareil cas.

[6] Cpr. art. 1384 ; Code pénal, art. 475, n° 7 ; § 447.

[7] Art, 1310, et arg. de cet article. *Exposé de motifs*, par Treilhard (Locré, *Lég.*, XIII, p. 31, n° 10). Larombière, *op. cit.*, V, art. 1382 et 1383, n° 22 et 23.

[8] Pothier, *op. cit.*, n° 119. Sourdat, I, 19 et 418. Larombière, *op. cit.*, art. 1382 et 1383, n° 23. [Par voie d'analogie, une personne serait considérée comme civilement responsable des actes par elle commis dans un état momentané de surexcitation mentale, si cet état résultait de ses habitudes d'intempérance. Rouen, 17 mars 1874, Sir., 74, 2, 199.]

[9] Les développements donnés au présent paragraphe et au paragraphe précédent sur la nature des délits et le caractère qui les distingue des quasi-délits, s'écartent, sous plus d'un rapport, des principes du Droit romain. Mais ils sont conformes aux idées reçues dans l'ancien Droit français, qui ont été suivies par les rédacteurs du Code Napoléon. Pothier, *Des obligations*, n°s 116 et 121. Treilhard, *Exposé des motifs*, et Bertrand de Greuille, *Rapport au Tribunat* (Locré, *Lég.*, XIII, p. 31, n° 9, p. 41, n° 9). Toullier, XI, 113. Proudhon, *op. cit.*, III, 1482. Duranton, XIII, 699. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1382 et 1383, n° 3. Colmet de Santerre,

§ 445.

De l'obligation de réparer le dommage occasionné par un délit.

Tout délit [1] engendre l'obligation de réparer le dommage [actuel et certain [1] *bis*] qui en est résulté pour autrui [[1] *ter*].

[L'auteur du délit ne peut, d'ailleurs, pas plus au point de vue civil, et quant à la condamnation aux dommages intérêts, qu'au point de vue pénal et quant à l'application de la peine, s'exonérer, par un recours en garantie contre la personne qui lui a fourni les moyens de perpétrer le délit civil ou pénal qui lui est reproché, des conséquences de ce délit [1] *quater*.]

Le dommage comprend toujours la perte et le manque de gain que le délit a occasionnés à une personne (*damnum*

V, 364 *bis*, IV. D'après Zachariæ, (§ 446, texte et note 2), l'expression *délits* comprendrait tous les faits illicites ayant causé dommage à autrui, qu'ils aient été commis avec ou sans intention de nuire ; et le terme *quasi-délit* devrait être restreint aux cas de responsabilité prévus par les art. 1384, 1385 et 1386.

[1] Les blessures faites en duel donnent ouverture à une action en dommages-intérêts au profit du blessé ou de sa famille, lors même qu'il a été le provocateur. Quand il serait vrai que le duel ne constitue pas un délit selon la loi pénale, ce que nous sommes loin d'admettre, il constituerait assurément un délit dans le sens du Droit civil. Larombière, *Des obligations*, V, art. 1382 et 1383, n° 31. Zachariæ, § 444, note 11. Civ. rej. 29 juin 1827, Sir., 27, 1, 463. Req. rej., 30 juin 1836, Sir., 36, 1, 732, Bordeaux, 5 avril 1852, Sir., 52, 2, 421. Cpr. Rauter, *Cours de législation criminelle*, II, 444.

[[1] *bis*. Cpr. cass., 15 avril 1890, Sir., 90, 1, 501. Paris, 14 déc. 1862, sous Trib. de Nancy, 7 avril 1889, Sir., 90, 2, 21.]

[[1] *ter*. Cette formule implique la nécessité d'un rapport de cause à effet entre le délit et le dommage, rapport de cause à effet que le juge doit constater, même s'il s'agit d'un délit de droit pénal. Cass., 12 déc. 1874, Sir., 74, 1, 184. Cpr. § 446, note 3 *ter*.]

[[1] *quater*. Req. 20 février 1882, Sir., 82, 1, 312. Civ. cass., 11 juillet 1882, Sir., 84, 1, 182. Voy. aussi, pour une application encore plus étendue de la règle posée au texte : Civ. cass., 22 déc. 1880, Sir., 81, 1, 216.]

emergens et lucrum cessans). Il comprend en outre, [certainement] lorsqu'il s'agit d'un délit de Droit criminel, [et même, pour la jurisprudence contemporaine, dans le cas contraire[1] *quinquies*], le tort moral que le délit a fait éprouver à la personne lésée, soit en la troublant dans sa sûreté personnelle ou dans la jouissance de son patrimoine, soit en la blessant dans des affections légitimes[2].

L'obligation de réparer le dommage causé par un délit existe, non seulement envers celui que le délit [[2] *bis*] a frappé directement, [soit qu'il ait entraîné sa mort immédiate ou non[2] *ter*], mais envers toute personne qui en a souffert, même d'une manière indirecte[3], [et ce,

[[1] *quinquies*. Ceci dépasse la formule de MM. Aubry et Rau, dans leur quatrième édition. Voy. texte et notes 3 *bis* et suiv. *infra*.]

[2] Arg. Code pénal, art. 51 et 117. Rauter, *op. et loc. citt.*

[[2] *bis*. Même doctrine en matière de quasi-délit civil : Voy. § 446].

[[2] *ter*. Quelques arrêts décident que lorsque le délit entraîne la mort immédiate, l'action en réparation ne peut naître que dans la personne des héritiers de la victime. Besançon, 1er déc. 1880, Sir., 81, 2, 20. Amiens, 10 juillet 1901, Sir., 02, 2, 8. Trib. de Toulouse, 17 avril 1902, Sir., 05, 2, 81 (note critique Lacoste). Un jugement du Tribunal de la Seine, du 9 janvier 1879, Sir., 81, 2, 21 (note critique Labbé), écartant, pour la même raison, l'action en réparation exercée par le syndic de la faillite du défunt, repose, au fond, sur la même doctrine. Cette doctrine en elle-même, et réserve faite de la règle que nous formulons § 312, texte et note 38, et qui en est distincte, ne nous paraît pas exacte. Outre que l'instantanéité du décès ne saurait empêcher la naissance d'une action en réparation, puisque le décès, quelqu'instantané qu'il soit, n'en est pas moins consécutif au délit, on ne voit pas qu'il y ait de raison pour distinguer entre le cas du décès immédiat et celui du décès différé, qui donnerait incontestablement naissance à l'action. Cpr. dans le même sens, Paris, 8 février 1896, Sir., 99, 2, 215, visé à la note 4 *bis infra*.]

[3] Arg. Code d'instruction criminelle, art. 1, al. 2. Rauter, *op. et loc. citt.* Faustin-Hélie, *Instruction criminelle*, IX, p. 279. Zachariæ, § 444, texte et note 12. Crim. rej., 20 février 1863, Sir., 63, 1, 321. Lyon, 18 mars 1865, Sir., 65, 2, 258. [Voy. comme exemple : Lyon, 9 déc. 1903, Sir., 04, 2, 112 (responsabilité de l'assistance publique, non seulement envers la nourrice devenue syphilitique du fait de l'enfant que l'assistance publique lui a confié, mais aussi envers son mari, devenu syphilitique lui-même). Cpr. sur la formule du texte, § 447, texte et note 13 *ter*, § 448, texte et note 1 *quater*. Cpr. la formule plus étroite donnée par la cour de Paris, 3 mars 1909, Sir., 10, 2, 57, qui vise la suite *directe* du fait illicite.]

tant sous le point de vue moral que sous le rapport pécuniaire[3] *bis.*]

De la combinaison de ces deux propositions il suit, entre autres, que le mari et les parents ont une action personnelle en dommages-intérêts, à raison des injures faites à sa femme ou à leurs enfants[4], [que la veuve a, de même, une action personnelle en dommages-intérêts, à raison de la mort de son mari[4] *bis*], et que le fils dont le père a été victime d'un homicide a, de son propre chef, et non pas seulement en qualité d'héritier de ce dernier, droit à des dommages-intérêts, quoique son entretien fût, pour lui, une charge dont il se trouve désormais affranchi[5]. [La réciproque est également vraie[5] *bis.* Il en est de même du frère dont le frère a été victime d'un

[[3] *bis.* Alger, 23 mai 1892, Sir., 94, 2, 62. Besançon, 6 juillet 1892, Sir., 94, 2, 61. Paris, 8 février 1896, Sir., 96, 2, 215. Nancy, 21 mars 1896, Sir., 96, 2, 235. Dijon, 12 mai 1897, Sir., 97, 2, 243. Nîmes, 11 nov. 1897, Sir., 98, 2, 176. Alger, 22 juillet 1900, Sir., 02, 2, 128. Cpr. cep. Rouen, 21 février 1894, Sir., 97, 2, 25, et la note de M. Lacoste. Caen, 5 nov. 1895, Sir., 98, 2, 95. Douai, 23 janvier 1899, Sir., 99, 2, 296. — Ce dernier arrêt rattache exclusivement la détermination du préjudice subi à la dette alimentaire dont la victime aurait pu être tenue envers le demandeur à l'action en réparation. Cpr. dans le même sens, Douai, 7 juillet 1892, Sir., 94, 2, 20. Douai, 28 déc. 1892, Sir., 94, 2, 22. Cpr. cep. Trib. de Lyon, 11 juin 1892, *ibid.*, et voy. en sens contraire, Bordeaux, 14 mai 1907, Sir., 09, 2, 221.]

[4] Rauter, *op. cit.*, II, 686. Cpr. Colmar, 3 mars 1810, Sir., 10, 2, 233. Voy. cep. en sens contraire : Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, II, p. 72. [La règle posée au texte pour le cas d'injures n'a d'ailleurs rien à faire dans l'hypothèse où l'enfant serait victime d'un accident causé par la faute d'un tiers, qui serait condamné envers l'enfant, et au profit de celui-ci, à en réparer les conséquences. Lyon, 26 avril 1871, Sir., 71, 2, 156.]

[[4] *bis.* Paris, 8 février 1896, Sir., 96, 2, 215. Nancy, 21 mars 1896, Sir., 96, 2, 235.]

[5] Rauter, *op. cit.*, I, 133. Faustin-Hélie, II, p. 353 et suiv. [Cpr. Cass., 15 avril 1890, Sir., 90, 1, 501. Voy. d'ailleurs, sur cette question, et la question plus générale à laquelle elle se rattache, texte et notes 9 *quinquies* et suiv., *infra.*]

[[5] *bis.* Bordeaux, 30 nov. 1881, Sir., 82, 2, 183. Voy. également pour la mère, Alger, 23 mai 1892, Sir., 94, 2, 62; Nîmes, 11 nov. 1897, Sir., 98, 2, 176; Alger, 22 juin 1900, Sir., 02, 2, 128; et pour la mère naturelle, Besançon, 6 juillet 1892, Sir., 94, 2, 61.]

homicide[5] *ter*, ou d'un accident[5] *quater*. Il résulte encore des mêmes données que le délit d'outrages et d'injures publics, commis contre un garde particulier dans l'exercice de ses fonctions, s'ils sont de nature à léser les intérêts du propriétaire qui l'a constitué, le rendent recevable à demander personnellement, de ce chef, au besoin sous la forme d'une constitution de partie civile devant la juridiction correctionnelle, réparation du préjudice qui lui a été ainsi causé[5] *quinquies*.]

[Il suit de ces différentes propositions que le même délit peut donner naissance à plusieurs actions en réparation distinctes, nées sur la tête de personnes différentes, et de nature à pouvoir être exercées simultanément ou isolément par elles[5] *sexies*, sans que l'exercice de l'une puisse avoir un effet quelconque sur l'exercice des autres[5] *septies*.]

L'obligation de réparer le dommage causé par un délit, pèse solidairement sur tous ceux qui y ont participé, comme auteurs principaux ou comme complices, lors même qu'il s'agit d'un fait qui n'est pas incriminé par la loi pénale[6]. Il en résulte que l'action en réparation d'un

[5 *ter*. Trib. de Lyon, 11 juillet 1892, Sir., 94, 2, 22. Dijon, 12 mai 1897, Sir., 97, 2, 243. Bordeaux, 14 mai 1907, Sir., 09, 2, 221. Voy. en sens contraire : Douai, 23 janvier 1899, Sir., 99, 2, 296.]

[5 *quater*. Trib. de Toulouse, 17 avril 1902, Sir., 05, 2, 81, note Lacoste.]

[5 *quinquies*. Douai, 19 mai 1845, sous Crim. cass., 25 nov. 1882, note, Sir., 83, 1, 141. *Non obstat*. Crim. cass., 25 nov. 1882, précité, où les faits étaient différents.]

[5 *sexies*. Dijon, 12 mai 1897, Sir., 97, 2, 243.]

[5 *septies*. Alger, 23 mai 1892, Sir., 94, 2, 62.]

6 On a voulu conclure, par argument *a contrario*, de l'art. 55 du Code pénal, combiné avec l'art. 1202 du Code Napoléon, qu'il n'existe pas de solidarité entre les auteurs et les complices d'un délit civil ou d'un quasi-délit. Voy. Marcadé, sur les art. 1382 et 1383, n° 4 ; Zachariæ, § 445. Mais cette conclusion est erronée. Cpr. § 298 *ter*, texte n° 1, et notes 15 à 16. Aux arrêts cités à la note 16, *adde* : Civ. rej., 14 août 1867, Sir., 67, 1, 401 ; Civ. rej., 30 juin 1869, Sir., 69, 1, 469. [Cass., 14 mars 1882, Sir., 84, 1, 238. Cass., 26 juin 1894, Sir., 96, 1, 167. Nîmes, 10 avril 1897, Sir., 97, 2, 301. Cass. 5 juillet 1905, Sir., 06, 1, 123. - On trouvera une application curieuse de la règle posée au texte dans un arrêt de la cour d'Alger du 13 février 1908, Sir., 09, 2, 215 (condamnation solidaire du père et de son fils majeur qui a séduit la servante du ménage que le père a imprudemment engagée

délit reprochable à plusieurs personnes, peut être intentée contre l'une d'elles seulement[7], [le tout, réserve faite de la répartition possible, par le juge du fait, entre les différents coauteurs du fait illicite, dans leurs rapports entre eux, de la responsabilité susvisée[7] *bis*.]

[Cette proposition s'applique à l'hypothèse où le délit civil consiste dans le concours apporté par un tiers aux faits constitutifs de l'inexécution d'une obligation contractuelle [7] *ter*.]

La réparation du dommage, soit matériel, soit moral,

ou insuffisamment surveillée). — On peut citer, d'autre part, comme exemple de la proposition formulée au texte, le cas où l'éditeur d'un ouvrage contenant des allégations constitutives d'un délit civil vis-à-vis d'un tiers, pourrait être considéré, en fait, vu la nature de ses conventions avec l'auteur même de l'ouvrage, comme ayant commis ce délit civil en même temps que l'auteur. Cpr. Paris, 3 mai 1892, sous Cass., Sir., 96, 1, 141. Paris, 12 nov. 1897, Sir., 98, 2, 199. Voy. encore (anal.) Cass., 23 avril 1903, Sir., 04, 1, 173. En ce qui concerne spécialement les imprimeurs de journaux, la loi du 29 juillet 1881, art. 43, dispose bien que l'imprimeur ne peut être poursuivi comme complice pour faits d'impression. Mais c'est là une disposition de pur droit pénal, qui n'apporte aucune dérogation au droit commun de la responsabilité civile. Req. 11 janvier 1905, Sir., 05, 1, 72. Cpr. sur les fautes des imprimeurs de journaux : Lyon, 6 janvier 1903, Sir., 03, 2, 175. — Voy. encore, dans le sens des indications qui précèdent, pour la responsabilité solidaire d'un syndicat professionnel et du journal qui s'est associé à ses agissements : Paris, 5 février 1901, Sir., 02, 2, 277. — On peut citer encore, dans un ordre d'idées différent, comme exemple de la proposition formulée au texte, le cas où le délit civil est réputé avoir été commis par une personne civile, par exemple par une société commerciale, sous la forme d'un acte rentrant dans les limites de ses statuts, accompli par l'un de ses agents, qui en devient lui-même personnellement responsable, en même temps et au même titre que la société susvisée, lorsqu'il s'y est associé, et qu'il a pris une part active et personnelle à sa perpétration. Cpr. Montpellier, 20 février 1908, Sir., 09, 2, 249, qui ne vise d'ailleurs que la solidarité entre agents responsables (note critique de M. Mestre sur la rédaction de l'arrêt.]

[7] Larombière, *op. cit.*, art. 1203, n° 5. Civ. cass., 23 août 1869, Sir., 69, 1, 395.

[7 *bis*. Voy., en matière de quasi-délit, une hypothèse remarquable par l'argumentation de l'un des coauteurs du quasi-délit contre l'autre, Req., 17 juillet 1872, Sir., 72, 1, 337. Voy. aussi dans le sens de la règle posée au texte, Civ. rej., 27 juin 1893, Sir., 98, 1, 133.]

[7 *ter*. Voy. § 444, texte et note 1 *ter*, § 446, texte et note 6 *quater*.]

causé par un délit, se résout en une indemnité pécuniaire[8], sauf, en outre, s'il y a lieu, la restitution de l'objet qui a fait la matière du délit. La fixation du montant de cette indemnité est, en général, abandonnée à l'arbitrage des tribunaux[9]. [Elle peut consister, indépendamment de la somme d'argent visée dans la suite du texte, en une rente annuelle et viagère, assurée par l'achat, aux frais du débiteur, d'une inscription de rente sur l'État, immatriculée, pour l'usufruit seulement, au nom de la victime[9] *bis*, et reversible, suivant les circonstances, sur la tête de sa femme et de ses enfants [9] *ter*.]

[Elle ne pourrait, d'ailleurs, s'étendre, à raison de la disparition d'une éventualité de gain, au delà de ce qui

[8] Il en est ainsi, lors même que le dommage causé par un délit ne constitue qu'un tort purement moral. Notre Droit n'admet, en général, d'autre réparation qu'une indemnité pécuniaire. Ainsi, le juge ne peut, même au cas de délit d'injures, ordonner ce qu'on appelle une réparation d'honneur, à moins que la loi ne l'y autorise formellement. Cpr. Code pénal, art. 226 et 227. Rauter, *op. cit.*, 1, 133. Merlin, *Rép.*, v° Réparation d'honneur ; et *Quest.*, v° Réparation d'injures. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1382 et 1383, n° 27.

[9] Code pénal, art. 51, et arg. de cet article. Larombière, *op. et loc. citt.* Zachariæ, § 445, texte *in principio*. Crim. cass., 19 mars 1825, Sir., 25, 1, 223. Cpr. cep. Code pénal, art. 117 et 119 ; Code forestier, art. 202 ; § 447, n° 7. [Voy. d'autre part, dans le sens de la règle posée au texte, en matière de délits civils: Req., 2 avril 1878, Sir., 80, 1, 119 : Req. 3 février 1885,Sir., 87, 1, 268. La cour de Nancy, 9 déc. 1876, Sir., 79, 2, 228, a jugé que la réparation civile de l'accident devait être proportionnée tant aux ressources connues de son auteur qu'à l'importance du préjudice causé, et ce, par extension de l'idée de proportionnalité entre l'obligation et la possibilité de payer, qui est consacrée par l'art. 208. Cette formule nous paraît inexacte, comme proposition générale, et nous ne saurions souscrire non plus à tel des considérants de l'arrêt, qui pose en règle que la condamnation à des dommages-intérêts constitue une sorte de peine. Il semble que la cour de Nancy aurait pu fonder plus juridiquement sa décision sur les considérations de dommage indirect par lesquelles se termine son arrêt. Voy. sur cet arrêt, § 443, note 10 *in fine*. Cpr. le texte du présent §, à la note 10 *infra*, où nous visons l'art. 1151. Voy. aussi § 308, note 42.]

[9 *bis*. Paris, 4 février 1870, Sir., 70, 2, 324. Lyon, 26 avril 1871, Sir., 71, 2, 156. Cpr. Cass., 28 juillet 1902, Sir., 03, 1, 473.]

[9 *ter*. Cass., 10 janvier 1877, Sir., 77, 1, 121. Voy. notes 3 à 5 *supra*.]

constitue, au jour de la perpétration du délit, le préjudice réel[9] *quater*.]

[D'autre part, la question se pose, en droit, de savoir si l'émolument des différents droits dont la naissance, au profit du demandeur en réparation, quel qu'il soit, résultera du fait même du délit dont il a souffert, doit venir en déduction de la somme, arbitrée par le juge, qui représente, dans sa totalité, le préjudice subi par le demandeur susvisé[9] *quinquies*. Cette question, si nous nous plaçons exclusivement sur le terrain des art. 1382 à 1386 [9] *sexies*, nous paraît devoir être résolue négativement : 1° Pour les droits dont le titre d'acquisition au profit du demandeur en réparation résulte du décès même de la victime, de quelque façon, d'ailleurs, que le décès se produise et quelle qu'en soit la cause [9] *septies*. 2° Pour les droits dont le titre d'acquisition au profit du demandeur en réparation, résultant, non pas du décès de la victime, mais seulement du délit perpétré sur elle, quelle qu'en ait été la cause, a pour origine une opération juridique librement faite, à ses risques et périls comme à ses frais, par le demandeur en réparation [9] *octies*. 3° Nous admettrions au contraire la déduction susvisée, pour les droits dont le titre d'acquisition au profit du demandeur en réparation, résultant du délit perpétré sur la victime, a pour origine une opération

[9 *quater*. Voy. comme application : Rouen, 8 août 1903, Sir., 04, 2, 282, sur l'art. 1385.]

[9 *quinquies*. Voy. sur cette question les notes de M. Labbé sous Req., 19 janvier 1880, Sir., 80, 1, 441, et sous Caen, 18 juillet 1885, 30 juillet 1886, Sir., 88, 2, 121 ; la note de M. Chavegrin sous Cass. belge, 11 juillet 1895, et sous Bruxelles, 8 février 1896, Sir., 1900, 4, 1 ; Tarbouriech, *Assurances contre les accidents du travail*, n° 206, 295.]

[9 *sexies*. En laissant entièrement de côté la loi du 9 avril 1898, et les lois qui l'ont complétée.]

[9 *septies*. Droits de succession, droits de propriété littéraire, pension de retraite, cessation de pension alimentaire à servir (cpr. sur cette hypothèse, texte et note 5 *suprà*). Voy. en sens contraire de notre opinion sur ce point, en ce qui concerne la pension de retraite servie à la veuve, Paris, 28 mars 1901, Sir., 06, 2, 133.]

[9 *octies*. Assurance-accidents souscrite et payée par lui. Douai, 24 nov. 1871, Sir 72, 2, 78. Douai, 19 janvier 1898, Sir., 98, 2, 307.]

juridique antérieurement faite aux risques et périls comme aux frais de la personne civilement responsable du délit [9] *nonies*. 4° Quant aux hypothèses où l'opération juridique susvisée est faite partie aux frais de la victime, partie aux frais du défendeur à l'action en réparation, il appartiendrait aux tribunaux d'opérer la déduction, pour la somme qu'ils regarderaient, en fait, comme représentant la valeur des débours, risques et démarches du dit défendeur [9] *decies*.]

Les art. 1146, 1150, 1151 et 1153 sont inapplicables aux dommages-intérêts réclamés à raison d'un délit [9 *un-*

[9 *nonies*. Assurance-accidents souscrite et payée par le patron, pension servie par lui. Ce sont deux hypothèses différentes. Voy. sur ces points la note de M. Chavegrin, Sir., 1900, 4, 1 (§ 3, 1, pour le cas de pension, § 4 pour le cas d'assurance). Voy. dans le sens de la règle formulée au texte: Trib. de Bourges, 7 juin 1900, Sir., 1900, 2, 309, réformé par Bourges (mêmes parties), 26 nov. 1900, Sir., 01, 2, 241.]

[9 *decies*. Voy. pour le cumul : Trib. de Toulouse, 28 juin 1900, Sir., 1900, 2, 310. Toulouse, 28 déc. 1900 (mêmes parties), Sir., 01, 2, 241, Bourges, 26 nov. 1900, *ibid.*, (note Sachet). Voy. aussi, pour une hypothèse particulière de cumul, où le raisonnement et la solution sont plus accentués encore que dans les précédentes décisions : Seine, 20 mars 1900, Sir., 00, 2, 116. Voy. en sens contraire Lyon, 3 février 1897, Sir., 97, 2, 301, Nîmes, 10 avril 1897, *ibid.* Cpr. Limoges, 10 mai 1897, Sir., 98, 2, 264. Cpr. la note précitée de M. Chavegrin, § 3, II, et la jurisprudence belge qu'il analyse.]

[9 *undecies*. Par cette simple phrase (voy. aussi § 446, texte et note 7), MM. Aubry et Rau maintiennent le principe, incontesté pendant si longtemps, de la distinction de la faute constitutive d'un délit ou d'un quasi-délit civil, visée aux §§ 445 et 446, et de la faute relative à l'inexécution d'une obligation contractuelle, visée au § 308. Cette distinction a été vivement critiquée, depuis la quatrième édition du *Cours de droit civil français*, par des jurisconsultes considérables (Planiol, II, n° 873 : cpr. Saleilles, *Théorie générale de l'obligation d'après le code civil allemand*, n° 331. L'origine de toutes ces discussions se trouve dans un article de la *Revue Critique*, 1886, 485, signé du pseudonyme Lefebvre : Voy. encore Grandmoulin, *Nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*, Rennes, 1892). Toute l'argumentation de ces jurisconsultes se ramène à cette observation très simple que toute faute, délictuelle ou contractuelle, est la violation d'une obligation, légale dans le premier cas, conventionnelle dans le second, en tous cas, d'une obligation *préexistante à la faute*, puisque celle-ci n'en est que la violation. D'où il suit, pour ces jurisconsultes, que toute distinction entre la faute délictuelle et la faute contractuelle est arbitraire,

puisqu'elle aboutit à traiter différemment des faits qui présentent un caractère fondamental commun. Ces jurisconsultes n'ont pas de peine à démontrer que la différence pratique à laquelle on pense tout de suite lorsqu'on oppose la faute délictuelle à la faute contractuelle, la différence qui les sépare quant à la marche de la preuve, s'évanouit à l'analyse. Sans doute, le créancier de l'obligation contractuelle inexécutée n'a pas à faire la preuve de la faute du débiteur, tandis, au contraire, que le créancier de la réparation du préjudice causé par le délit ou le quasi-délit civil doit établir la faute du débiteur : mais cela s'explique par cette raison très simple que le créancier de l'obligation contractuelle est presque toujours créancier d'une obligation de donner ou de faire, tandis que le créancier de la réparation du préjudice causé par le délit ou le quasi-délit civil n'était antérieurement créancier que d'une obligation de ne pas faire. Or, il suffit au créancier de l'obligation de donner ou de faire d'établir l'existence de sa créance, après quoi c'est au débiteur qu'il appartient d'établir qu'il s'est libéré, et, s'il y a inexécution, que cette inexécution provient d'un cas fortuit, exclusif de toute faute de sa part. Lors, au contraire, qu'il s'agit du créancier d'une obligation de ne pas faire, ce créancier n'a rien à réclamer, tant que le fait même de la contravention n'est pas établi, et c'est donc à lui d'établir la contravention elle-même. La différence, certainement considérable, de la marche de la preuve dans les deux situations, résulte donc de la différence de l'*objet* de l'obligation, qui est de donner ou de faire dans le premier cas, qui est de ne pas faire dans le second, — et non pas d'une différence dans la *source* de l'obligation, contractuelle dans le premier cas, délictuelle dans le second. Cela est si vrai, poursuit M. Planiol, que c'est au créancier de l'obligation contractuelle à faire, lui aussi, la preuve de la faute du débiteur, lorsqu'il est créancier d'une obligation de ne pas faire. Art. 1145. — Ce raisonnement des adversaires de la distinction classique de la faute délictuelle et de la faute contractuelle est irréprochable, et s'il n'y avait entre ces deux types de faute, que la différence qu'on vient d'indiquer et qui est relative à la marche de la preuve, la thèse de l'unité de faute serait par là même démontrée. Mais précisément il y a au moins une autre différence, celle dont la proposition formulée au texte et à laquelle se rattache la présente note, est l'expression. L'étendue de la réparation n'est pas la même dans les deux hypothèses de faute : la faute délictuelle oblige le débiteur à la réparation intégrale du dommage, même imprévu, même indirect : la faute contractuelle est régie au contraire, sous ce double point de vue, par les dispositions bien différentes des art. 115 et 1151. M. Planiol essaie vainement, selon nous, d'effacer cette différence, sous prétexte qu'elle disparaît dans la pratique, à cause des pouvoirs souverains qui appartiennent au juge du fait pour évaluer le montant du dommage. Planiol, II, n° 897. L'observation est juste, mais il n'en est pas moins vrai que l'arrêt d'une cour d'appel dont le dispositif serait réputé comprendre, à raison des considérants qui l'accompagnent, la réparation du préjudice imprévu ou indirect, en matière d'obligations contractuelles, encourrait la cassation (voy. Garsonnet, *Traité de procédure.*, VI, § 2336,

decies]. Il en résulte, par exemple [10], que les juges peuvent, en pareille matière, allouer, à titre de dommages-intérêts, les intérêts des condamnations qu'ils prononcent, à partir, non pas seulement du jour de la demande, mais du jour même du délit [11].

Les condamnations qui accordent de pareilles indemnités sont, quel qu'en soit le montant, exécutoires par voie de contrainte par corps contre l'auteur et les complices du délit [12], [même tombés en faillite [12] *bis*], lors-

note 3, et cela suffit. — Nous croyons donc devoir maintenir la distinction classique des fautes, et si l'on trouve, d'une part un peu faible en pratique, d'autre part trop étroitement textuelle et par conséquent arbitraire, la différence que nous maintenons entre les deux fautes quant au calcul des dommages-intérêts, nous ferons observer que, sous l'action de principes plus généraux encore et plus élevés que ceux dont se prévaut l'opinion contraire dans l'analyse de la notion de faute, la faute délictuelle et la faute contractuelle répondent bien à deux types différents de l'inexécution des obligations, quel que soit d'ailleurs l'objet de ces obligations. Ni le caractère ni les conséquences de la faute, dans l'ordre du conflit des lois, ni le régime de la responsabilité des fautes des personnes morales du droit administratif ne sont les mêmes, pour la faute délictuelle et pour la faute contractuelle. (Voy. en ce qui concerne le conflit des lois : pour la faute délictuelle § 443, texte et notes 11 et suiv., et pour la faute contractuelle, § 31, texte et note 67. En ce qui concerne la responsabilité des fautes des agents de l'État, en dehors de l'exécution des contrats de l'État en droit administratif, § 447, texte et notes 18 *bis* et suiv. Voy. encore, pour la responsabilité du fait d'autrui, § 447, texte et note 13 *bis*. Il y a là des différences qui tiennent à la différence des sources des obligations inexécutées ou violées. Et tout cela revient à dire que le commandement de la loi oblige autrement que la volonté des parties. E. B.].

[10] Voy. une autre conséquence du principe posé au texte dans l'arrêt suivant : Req. rej., 4 janvier 1865, Sir., 65, 1 [179]. [Voy. aussi, pour la responsabilité de l'art. 1385, Nîmes, 30 octobre 1893, Sir., 94, 2, 233.]

[11] Crim. rej., 19 mars 1825, Sir., 25, 1, 323. Civ. rej., 30 janvier 1826, Sir., 27, 1, 234. Req. rej., 8 août 1832, Sir., 32, 1, 741. Req. rej., 10 décembre 1835, Sir., 36, 1, 327. Req. rej., 28 décembre 1853, Sir., 54, 1, 433. Crim. rej., 1er mai 1857, Sir., 57, 1, 712. Civ. rej., 30 novembre 1858, Sir., 59, 1, 251. Req. rej., 13 août 1863, Sir., 63, 1, 473. Req. rej., 8 février 1864, Sir., 65, 1, 227. Civ. rej., 23 août 1864, Sir., 65, 1, 177. Req. rej., 31 mai 1865, Sir., 66, 1, 166.

[12] Leurs héritiers, et les personnes civilement responsables du délit, ne sont pas contraignables par corps. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1382 et 1383, n° 54.

[12 *bis*. Crim. rej., 16 février 1907, Sir., 07, 1, 292.]

qu'elles sont prononcées à raison d'un fait incriminé par la loi pénale [13]. Il en est ainsi, alors même que le jugement a été rendu par un tribunal civil. Loi du 22 juillet 1867, art. 5. Quant aux condamnations prononcées à raison d'un délit civil qui n'est pas en même temps un délit de Droit criminel, elles ne sont pas exécutoires par cette voie [14]. [Il en est de même des condamnations prononcées, même dans l'hypothèse d'un délit pénal, contre une personne qui ne peut être poursuivie au criminel [14 *bis*].

L'action en dommages-intérêts naissant d'un délit, peut être formée contre les héritiers et successeurs universels des auteurs et complices de ce délit. Code d'inst. crim., art. 2, al. 2.

D'un autre côté, elle passe activement aux héritiers et successeurs universels de l'individu lésé. Sous ce dernier rapport cependant, il convient de distinguer. Si la règle qui vient d'être posée s'applique à tous les délits de Droit civil, et même aux délits de Droit criminel contre les propriétés, elle ne s'étend aux délits de Droit criminel contre les personnes, qu'autant qu'il en est résulté un préjudice matériel. Que s'il s'agit de délits contre les personnes qui n'aient occasionné qu'un tort moral, comme, par exemple, d'injures ou de diffamation, l'action civile ne passe aux héritiers et successeurs universels, que lorsqu'elle a été introduite par le défunt.

L'action en dommages-intérêts ne se prescrit, en général, que par trente ans [15]. Art. 2262.

[13] Code pénal, art. 52 et 469. Loi du 22 juillet 1867, art. 2 et 4.

[14] De pareilles condamnations pouvaient autrefois être rendues exécutoires par voie de contrainte par corps, en vertu de dispositions spéciales de la loi ou par application de l'art. 126, n° 1, du Code de procédure. Mais il n'en est plus de même depuis la loi du 22 juillet 1867, qui a supprimé la contrainte par corps en matière civile.

[[14] *bis*. Par exemple une société commerciale. Crim. cass., 8 mars 1883. Sir., 85, 1, 470. Crim. cass., 25 mars 1904, Sir., 06, 1, 104. Voy. la note 15 *bis infra*.]

[15] Cpr. sur ces diverses propositions : Faustin-Hélie, II, p. 353 à 369 ; Montpellier, 22 décembre 1825, Sir., 26, 2, 193. — Les créanciers de l'individu lésé par un délit peuvent-ils exercer en son nom l'action en dommages-intérêts qui lui compète? Voy. § 312, texte n° 2, notes 38 et 46

Toutefois, lorsque cette action est fondée sur un fait incriminé par la loi pénale [française [15] *bis*, et que son auteur est puni par elle [15] *ter*, quelles que soient, d'ailleurs, les conditions de la poursuite pénale [15] *quater*],

[15] *bis*. Avec application, le cas échéant, de l'art. 5 du Code d'instruction criminelle. Cpr. en ce sens Seine, 30 avril 1910, *Revue* Lapra lelle, 1910, 829. Je crois devoir soulever ici la question de savoir ce qu'il en serait de la règle posée au texte, si le fait incriminé l'était selon la loi pénale d'un pays étranger, tout en ne constituant, selon la loi française, qu'un délit civil de nature à être poursuivi en France. En pareil cas, si ce fait ne donnait lieu, par hypothèse, à aucune poursuite à l'étranger, le principe de la territorialité de la loi pénale étrangère à l'étranger conduirait nécessairement le juge français à n'envisager ce fait que sous le rapport de ses conséquences civiles, et comme délit civil seulement. Dans l'hypothèse d'une poursuite pénale et civile à l'étranger, la question qui se poserait serait celle de la valeur et des effets de la chose jugée, sous ces deux points de vue, à l'étranger. Nous n'avons pas à parler ici du point de vue pénal. La question est partiellement prévue et résolue par la loi du 3 avril1903 (code d'instruction criminelle, art. 7 nouveau). Voy. pour le principe Garraud, *Traité de droit pénal francais*, I, n°205. Pour le point de vue civil, nous renvoyons aux §§ 769 *bis* et *ter*. Cpr. § 443, texte et note 17.]

[15] *ter*. Nous visons ici l'hypothèse où le délit a été commis par un mineur de seize ans, dix-huit ans depuis la loi du 12 avril 1906, ayant agi sans discernement. Cpr. sur ce dernier point, la loi du 22 juillet 1912, concernant les mineurs de treize ans. Nancy, 26 mai 1888, sous Cass., Sir., 91, 1, 49. Dijon, 20 janvier 1910, Sir., 10, 2, 318, Dans ce cas, la prescription extinctive de trente ans est seule applicable. On pourrait songer à une autre application de la même idée, en ce qui concerne les sociétés civiles ou commerciales, et, plus généralement, les personnes civiles. Ces personnes ne pouvant jamais être, comme telles, frappées d'une peine (Crim. cass., 8 mars 1883, Sir., 85, 1, 470 ; Paris, 16 déc. 1885, Sir., 86, 2, 40; Orléans, 8 nov. 1887, Sir., 89, 2, 172 ; Crim. cass., 17. déc. 1891, Sir., 92, 1, 167 ; Crim. cass., 6 avril 1894, Sir., 94, 1, 376 ; Crim. cass. 25 mars 1904, Sir., 06, 1, 104), sauf exception textuelle (Amiens, 18 janvier 1873, Sir., 73, 2, 73 ; Crim. rej., 4 nov. 1898, Sir., 01, 1, 57, avec une note critique de M. Roux sur l'imprécision du texte allégué), il semblerait que la responsabilité qui peut les atteindre du chef de leurs préposés, par application de l'art. 1384, restât, elle aussi, sous l'empire de la prescription trentenaire du droit civil. Cette conclusion serait inexacte, et elle ne résulte pas de la formule dont nous nous servons au texte. Il y a, en effet, en pareil cas, un auteur du délit que la loi pénale peut atteindre, : à savoir la personne physique qui l'a commis, et cela suffit pour raccourcir la prescription. Voy. § 443, note 7.]

[15] *quater*. C'est-à-dire, même à supposer que l'exercice de l'action publique ne fût pas pleinement libre, qu'il fût subordonné, par exemple,

elle se prescrit au bout du même laps de temps que l'action publique, qui a pour objet l'application de la

à la plainte de la partie lésée. Dans les hypothèses, d'ailleurs peu nombreuses, dans lesquelles cette plainte préalable est la condition de la poursuite pénale, on pourrait songer à conserver à l'action civile en réparation, que la victime exercerait, à l'exclusion de toute plainte de nature à provoquer l'exercice de l'action publique, son caractère d'action civile, avec application de la prescription de droit commun. Une jurisprudence constante s'est prononcée en sens contraire pour le cas de diffamation, en supposant, d'ailleurs, résolue dans le sens de l'existence de la diffamation, la difficulté de qualification que nous visons texte et note 18 *infra*. Nancy, 14 déc. 1883, Sir., 84, 2, 157. Req., 14 mai 1884, Sir., 84, 1, 314. Bordeaux, 16 avril 1886, Sir., 88, 2, 10. Civ. cass., 17 mai 1886, Sir., 86, 1, 376. Req., 27 juillet 1887, Sir., 87, 1, 297. On peut se demander si la solution resterait la même, dans l'une quelconque des autres hypothèses où la poursuite pénale suppose, comme condition préalable, la plainte de la partie lésée, par exemple, dans le cas de contrefaçon d'une invention brevetée (Loi du 5 juillet 1844, art. 45), à condition d'ailleurs que l'on commence par admettre que le fait même de la poursuite civile en réparation du préjudice causé par la contrefaçon, fondée sur l'art. 1382, n'équivaut pas à une plainte régulière de nature à mettre en mouvement l'action publique. Voy sur ce dernier point et en ce sens Pouillet, *Brevets*, n° 747. Allart, n° 498. Carpentier, v° *Contrefaçon*, n° 301. La question se poserait encore, sous l'art. 5 du Code d'instruction criminelle, pour l'action en réparation du préjudice causé à un Français ou à un étranger par un délit commis à l'étranger par un Français, la victime ne formant pas une plainte régulière, de nature à mettre en mouvement l'action publique en France. La formule que nous donnons, texte et note 17 *infra*, nous paraît impliquer, même dans les hypothèses qui précèdent, la généralisation de la prescription de l'action civile par celle de l'action publique. D'autre part, l'une au moins des raisons sur lesquelles reposent les dispositions des art. 637 et 638 du Code d'instruction criminelle impose la même conclusion : « Le législateur, croyant à la nécessité d'une prompte répression, force ainsi la partie lésée à y contribuer sous peine de déchéance. » Lepoittevin, note sous Civ. rej., 27 déc. 1897, Sir., 99. 1, 81. S'il en est ainsi, à plus forte raison la prescription de l'action civile par celle de l'action publique s'applique-t-elle quand la répression du délit suppose la plainte de la partie lésée. — L'autre explication qu'on donne des art. 637 et 638 du Code d'instruction criminelle (Voy. Garraud, *Précis de droit criminel*, n° 417), et qui est fondée sur « le scandale qui résulterait d'une déclaration judiciaire de culpabilité (au civil) devant laquelle la justice pénale resterait impuissante et désarmée » ne conduirait pas, sur la difficulté que nous avons ici en vue, à la même conclusion. Où serait le scandale d'une condamnation civile en l'absence d'une condamnation pénale qu'il dépendait de la victime seule de provoquer? Il semble qu'on tirerait argument, dans le même sens, de

peine encourue par l'auteur de ce fait [16], [même si l'action publique est elle-même éteinte par le décès du prévenu [16] *bis.*] Il en est ainsi, alors même que l'action civile, exercée séparément de l'action publique, est portée devant les juges civils [17], et quelle que soit d'ailleurs la qualification donnée par le demandeur aux faits qui servent de base à son action, si ces faits présentent en réalité les caractères d'une infraction incriminée par la loi pénale [18], et que ces caractères ne se trouvent

la proposition formulée texte et note 21 *infra*. Cpr. cep. sur ce point la note de M. Lepoittevin, Sir., 99, 1, 81.]

[16] Code d'instruction criminelle, art. 2, al. 3, art. 637, 638 et 640. Cpr. § 774. — La règle posée au texte s'applique même aux délits prévus par des lois spéciales, tels que les délits ruraux et forestiers, de chasse et de pêche. Cpr. Code d'instruction criminelle, art. 643.

[16 *bis*. Civ. rej., 4 déc. 1877 (deux arrêts), Sir., 8, 1, 419. Garraud, *op. cit.*, n° 421 *in fine*. La solution serait différente dans l'hypothèse de l'extinction de l'action publique par l'amnistie. Paris, 21 mars 1903, Sir., 10, 2, 313.]

[17] Que l'action en dommages-intérêts soit portée devant les tribunaux civils ou devant les tribunaux de justice répressive, elle est toujours la même quant à son fondement et quant à son objet, et doit dès lors rester soumise à la même prescription. Merlin, *Rép.*, v° Prescription, sect. III, § 4, n° 5, *in fine*. Toullier, XI, 292. Duranton, XXI, 102. Mangin, II, 363. Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, I, 299. Faustin-Hélie, *Instruction criminelle*, III, p. 792 et suiv. Joccotton, *Revue de droit français et étranger*, 1849, VI, p. 145. Chassan, *Délits de la parole et de la presse*, II, 1368. Vazeille, *Des prescriptions*, II, 595. Sourdat, I, 378, et II, 807. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1382 et 1383, n° 48. Colmet de Santerre, V, 364 *bis*, VI. Civ. cass., 3 août 1841, Sir., 41, 1, 753. Civ. cass. 29 avril 1846, Sir., 46, 1, 413. Bordeaux, 31 juillet 1848, Sir., 49, 2, 81. Lyon, 4 avril 1851, Sir., 51, 2, 433. Lyon, 30 janvier 1854, Sir., 54, 2, 303. Civ. rej., 21 novembre 1854, Sir., 54, 1, 725. Bourges, 26 mars 1855, Sir., 55, 2, 305. Paris, 5 mai 1860, Sir., 60, 2, 405. Colmar, 6 mars 1863, Sir., 63, 2, 101. Aix, 9 juin 1864, Sir., 64, 2, 196. Nîmes, 19 décembre 1864, Sir., 65, 2, 46. Colmar, 26 février 1867, Sir., 67, 2, 354 [Nancy, 23 janvier 1875, Sir., 77, 2, 133]. Cpr. aussi les arrêts cités à la note suivante. Voy. en sens contraire : Riom, 28 juin 1841, Sir., 41, 2, 587.

[18] Le tribunal civil devant lequel est formée la demande en dommages-intérêts, étant juge de l'exception de prescription qui y est opposée, se trouve nécessairement investi du pouvoir d'apprécier et de qualifier les faits qui servent de fondement à la demande, pour décider s'il y a lieu d'admettre ou de rejeter le moyen de prescription. Bordeaux, 31 juillet 1848, Sir., 49, 2, 81. Lyon, 30 janvier 1854, Sir., 54, 2, 303. Civ. rej. 21 novembre 1854, Sir., 54, 1, 725. [Caen, 22 déc. 1876, Sir., 77, 2, 49.

point écartés ou purgés par un arrêt ou jugement d'acquittement [19] [rendu par les juridictions françaises [19] *bis*]. Les actes de poursuite faits à la requête du ministère public interrompent, en pareil cas, la prescription de l'action civile, tout aussi bien que celle de l'action publique, de telle sorte que si, sur cette dernière action, il est intervenu un jugement de condamnation, la prescription de la première ne recommencera à courir qu'à partir de ce jugement. Mais cette prescription ne subira, par là, aucune modification quant à sa durée, et le jugement portant application de la peine ne la transformera pas en prescription trentenaire, s'il n'a pas en même temps statué sur les intérêts civils [20].

Req., 4 août 1886, Sir., 87 1, 160 (note de M. Labbé, qui limite avec raison cette solution à la doctrine d'après laquelle la faute du patron, en cas d'accident survenu à l'ouvrier, relevait, avant la loi du 9 avril 1898, de l'art. 1382 seulement, et non pas de l'art. 1730. Cpr. § 447, texte et note 20.] Cpr. Req. rej., 26 mars 1829, Sir., 29, 1, 161 ; Req. rej., 17 décembre 1839, Sir., 40, 1, 454.

[19] Paris, 24 mars 1855, *Gazette des Tribunaux* du 1er juin 1855. [Cass., 15 avril 1889, Sir., 91, 1, 292. Civ. rej., 10 janvier 1893, Sir., 93, 1, 200].

[19 *bis*. Si ledit arrêt ou jugement d'acquittement avait été rendu à l'étranger, à supposer que les faits incriminés eussent pu y être régulièrement poursuivis, selon la loi de ce pays, l'arrêt ou le jugement d'acquittement susvisé n'aurait eu, avant la loi du 3 avril 1903 (Code d'instruction criminelle, art. 5 et 7 nouveaux), dans l'ordre d'idées où nous nous plaçons, aucune valeur en France, à supposer que les faits incriminés fussent de nature à être également poursuivis en France selon la loi française : c'était alors la conséquence indiscutable de la territorialité des sentences pénales. La loi de 1903 sanctionne sur ce point, selon nous, un système tout différent, s'il s'agit d'un délit commis à l'étranger par un Français (art. 5) ou d'un délit commis en France par un étranger (art. 7). Dans l'un et l'autre cas, si la poursuite pénale dirigée à l'étranger contre le délinquant s'est terminée par un jugement définitif d'acquittement, aucune poursuite pénale ne peut plus avoir lieu en France. Tout se passe, dès lors, comme s'il était intervenu en France un jugement définitif d'acquittement.]

[20] Mangin, II, 355. Jocotton, *op. et loc. citt.* Vazeille, *Des prescriptions*, II, 595. Trébutien, *Cours de Droit criminel*, II, p. 161. Civ. cass., 3 août 1841, Sir., 41, 1, 753. Lyon, 17 juin 1842, Sir., 43, 2, 343. Lyon, 4 avril 1851, Sir., 51, 2, 434. Civ. cass., 6 mars 1855, Sir., 55, 1, 333. Voy. en sens contraire : Labroquère, *Revue critique*, 1861, XIX, p. 166. Nîmes, 27 mars 1833, Sir., 33, 2, 243.

Du reste, la règle d'après laquelle l'action civile se prescrit par le même laps de temps que l'action publique, ne s'applique qu'à l'action civile proprement dite, c'est-à-dire à l'action qui, exclusivement fondée sur le droit de demander la réparation d'un dommage causé par un crime, par un délit, ou par une contravention, a pour objet unique la réparation de ce dommage. Elle est étrangère aux actions en restitution, en répétition, ou même en dommages-intérêts, dérivant d'un droit préexistant au délit, et indépendant de l'obligation de réparation auquel le délit a pu donner naissance. Ces actions ne s'éteignent que par la prescription du Droit civil [21]. C'est ainsi que l'action en restitution d'objets confiés, ou de sommes reçues à titre de dépôt, de louage, ou de mandat; dure trente ans, alors même que ces objets ou ces sommes auraient été frauduleusement détournés par le dépositaire, le locataire ou le mandataire [22]. Il en est de même de l'action, dirigée contre un receveur de deniers publics ou communaux, en répétition de sommes par lui indûment perçues, alors même que le fait de perception constituerait une concussion [23]. Enfin, on doit également décider que l'action du propriétaire en restitution d'une chose qui lui a été soustraite, ne se prescrit que par trente ans à l'égard de l'auteur de la soustraction, encore que cette dernière

[21] La circonstance qu'une action, fondée sur un droit préexistant à un délit, est exercée à la suite ou à l'occasion de ce délit, ne saurait avoir pour effet d'en altérer la nature, et d'abréger le temps de la prescription à laquelle elle est soumise. Rauter, *op. cit.*, I, 135, II, 853. Duranton, XIII, 707, et XXI, 102. Mangin, II, 637. Sourdat, I, 376. Vazeille, *Des prescriptions*, II, 587 et suiv. Faustin-Hélie, *Inst. crim.*, III, 794. Bertauld, *Code pénal*, p. 572. Trébutien, *op. cit.*, II, p. 159. Labroquère, *op. cit.*, p. 165. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1382 et 1383, n° 49. Colmet de Santerre, V, 364 *bis*, VII. Civ. cass., 28 août 1855, Sir., 56, 1, 37. Paris, 5 mai 1860, Sir., 60, 2, 405. Civ. cass., 5 mai 1863, Sir., 63, 1, 301.[Rouen, 29 déc. 1875, Sir., 77, 2, 166. Cass., 10 janvier 1899, Sir., 03, 1, 522.]

[22] Req. rej., 23 janvier 1822, Sir., 22, 1, 316. Paris, 25 mars 1825, Sir., 27, 2, 7. Req. rej., 16 avril 1845, Sir., 45, 1, 494. Civ. rej., 27 août 1867, Sir , 68, 1, 117.

[23] Req. rej., 7 juillet 1829, Sir., 29, 1, 319.

présente tous les caractères d'un vol [24]. [Ces exemples ne sont pas les seuls [24] *bis.*]

L'action en dommages-intérêts naissant d'un délit, même de Droit criminel, s'éteint par la renonciation des parties intéressées. Art. 2046 et arg. de cet article. Code d'inst. crim., art. 4. Mais il est bien entendu que la renonciation de la personne directement lésée par un crime ou par un délit, ne forme aucun obstacle à l'exercice de l'action qui peut appartenir à son époux ou à ses parents, de leur propre chef [25].

[24] Vainement invoquerait-on, en sens contraire, la maxime *En fait de meubles, possession vaut titre*, et dirait-on que la revendication d'une chose mobilière n'étant admise qu'au cas de perte ou de vol, et la soustraction frauduleuse ne pouvant plus être établie à raison de la prescription édictée par le Code d'instruction criminelle, le propriétaire se trouve privé de toute action pour réclamer sa chose. Nous croyons en effet avoir démontré (§ 183, note 29) que si, en fait de meubles, la revendication n'est pas admise, même contre un possesseur de mauvaise foi, ce dernier n'en reste pas moins soumis, en vertu de l'art. 1382, à une action personnelle en restitution. Or, la preuve de la mauvaise foi du possesseur n'emporte pas nécessairement contre lui l'imputation d'une soustraction frauduleuse; et si, pour se placer sous la protection de la prescription de l'action civile naissant du délit, il venait lui-même s'accuser de vol, son exception devrait être repoussée par application de la maxime *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*. Duranton, XIII, 707. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1382 et 1383, n° 50. Cpr. Paris, 21 mars 1855, Sir., 55, 2, 391. Voy. en sens contraire : Vazeille, *Des prescriptions*, II, 589 ; Bordeaux, 15 avril 1829, Sir., 29, 2, 217. Cpr. aussi : Bordeaux, 31 juillet 1848, Sir., 49, 2, 81.

[[24] *bis*. Voy. aussi : Cass., 11 juillet 1892, Sir., 1893, 1, 33 (action d'une commune en réparation du dommage causé par des fouilles sur terrain communal). Cass. 27 décembre 1897, Sir., 99, 1, 81, note critique de M. Lepoittevin (action d'un propriétaire contre la commune, à raison de l'exercice de la vaine pâture avant la fauchaison). Bourges, 14 juin 1899, Sir., 1900, 2, 9 (action en dommages-intérêts de la Compagnie du gaz contre la Compagnie d'électricité, à raison de l'atteinte portée par celle-ci à son monopole, indépendamment de la contravention de grande voirie résultant de la pose des fils). Voy. encore : Lyon, 30 juin 1887, Sir., 89, 2, 65; Cass., 22 octobre 1890, Sir., 90, 1, 529. Cass., 5 août 1895, Sir., 96, 1, 223. Cass., 28 avril 1896, Sir., 96, 1, 312.]

[25] Cpr. Req. rej., 5 mai 1818, Sir., 19, 1, 162.

CHAPITRE IV

DES QUASI-DÉLITS ET DES CAS DE RESPONSABILITÉ QUI Y SONT ASSIMILABLES

SOURCES. *Code Napoléon*, art. 1382 à 1386. — BIBLIOGRAPHIE. Voy. les ouvrages cités en tête du chapitre troisième.

I. *Des quasi-délits proprement dits.*

§ 446.

Un quasi-délit est un fait, de commission ou d'omission, par lequel on porte [actuellement [1] *bis*] préjudice

[1 *bis*. Un préjudice simplement possible et éventuel serait insuffisant. Paris, 15 mars 1892, Sir., 93, 2, 133. Ce qui entraîne d'importantes conséquences quant à la détermination de la date à partir de laquelle l'action est ouverte et peut se prescrire. Cpr. Pau, 15 mars 1892, Sir., 93, 2, 133. — Bien que la jurisprudence du Conseil d'État évite soigneusement, dans les hypothèses où elle admet la responsabilité de l'État, de fonder cette responsabilité sur l'art. 1382 (voy. § 447, texte et notes 18 *bis* et suiv.), elle n'en applique pas moins à la responsabilité de l'État la règle formulée au texte, par exemple pour écarter la réclamation du propriétaire voisin d'un polygone militaire, avant tout accident de personne et toute détérioration. Conseil d'État, 24 février 1893, Sir., 95, 3, 5; 29 avril 1898, Sir., 1900, 3, 40. Cpr. 24 janvier 1893, Sir., 1900, 3, 80 (solution contraire pour dommage matériel causé par le passage et la chute des projectiles.) Toutefois, si le risque dont il est question plus haut entraînait un trouble de jouissance, et une dépréciation de la propriété, par la répétition des chutes de projectiles, il y aurait dommage *actuel* (25 avril 1890, Sir., 92, 3, 93; 13 juin 1890, Sir., 92, 3, 115; 20 juin 1890, Sir., 92, 3, 118; 29 janvier 1892, Sir., 93, 1, 154; 25 mars 1892, Sir., 94, 3, 23; 7 juillet 1893, Sir., 95, 3, 61; 5 janvier 1894, Sir., 95, 3, 125), et réparation due, mais pour le passé seulement, le trouble pouvant cesser, d'un jour à l'autre, par suite du changement d'affectation du terrain ou des troupes (9 juillet 1897, Sir., 99, 3, 77; 24 juin 1898, Sir., 1900, 3, 80). La jurisprudence administrative a donc beau écarter ici l'application de l'art. 1382, elle en conserve l'esprit.]

[matériel ou moral [1] *ter*] à autrui [[1] *quater*] mais sans avoir l'intention de nuire. Dans cette matière, comme dans celle des délits, une simple omission ne donne lieu à responsabilité, qu'autant qu'il y avait, pour celui auquel on l'impute, obligation d'accomplir le fait omis [1].

Les développements donnés, aux nos 1 et 2 du § 444, sur les éléments constitutifs des délits, s'appliquent également aux quasi-délits. On ne peut donc attribuer le caractère de quasi-délits, ni à des actes qui rentrent dans l'exercice d'un droit [[1] *quinquies*] ou dans l'accom-

[[1] *ter*. Voy. comme exemples de préjudice moral : Bordeaux, 30 nov. 1881, Sir., 82, 2, 183. Nancy, 21 mars 1896, Sir., 96, 2, 235. Trib. comm. St-Étienne, 23 avril 1903, Sir., 04, 2, 116. Cpr. Trib. de paix de Paris, 14 février 1884, *La Loi* 17 et 18 mars 1884 (hypothèse d'apposition d'affiches sur le mur d'une propriété, sans le consentement du propriétaire) ; Trib. de Tonnerre, 1er février 1900, *Pandectes françaises*, 01, 2, 183. Nous détachons des précédentes hypothèses celle qui s'est présentée devant la cour de Dijon, 28 déc. 1908, Sir., 09, 2, 15 (préjudice moral porté au père par les propos antipatriotiques de l'instituteur).]

[[1] *quater*. Il suit de là que le commerçant qui demande à une agence de renseignements des renseignements sur lui-même, ne peut poursuivre en dommages-intérêts cette agence, bien qu'elle ait commis envers lui une faute, en les donnant défavorables, ces renseignements n'ayant été connus que de lui seul et n'ayant pu, dès lors, lui causer de préjudice. Paris, 23 nov. 1897, Sir., 99, 2, 11. Cpr. Paris, 4 avril 01, Sir., 02, 2, 104. — Voy. d'ailleurs sur l'appréciation du préjudice § 445, note 9. *Adde* : Cass., 12 juillet 1892, Sir., 96, 1, 510. Cass., 27 juin 1893, Sir., 98, 1, 133. Cass., 16 juin 1896, Sir., 97, 1, 317. Cass., 7 juillet 1898, Sir., 98, 1 519.]

[1] Cpr. § 444, texte et note 1re. [Voy. comme exemple : Alger, 19 déc. 1871, sous Cass., 2 juillet 1873, Sir., 73, 1, 412. Trib. d'Amiens, 15 février 1873, sous Amiens, 27 juin 1877, Sir., 79, 2, 229. Paris, 5 mai 1876, Sir., 77, 2, 171. Caen, 26 juillet 1876, Sir., 77, 2, 253. Cass., 1er juillet 1878, Sir., 79, 1, 423.]

[[1] *quinquies*. Le départ entre les cas où le préjudice causé peut être considéré comme l'exercice d'un droit et les cas où l'on peut dire que le droit de la victime a été lésé est fort difficile, principalement dans les hypothèses suivantes, qu'on a essayé de grouper et de classer, et où les questions de fait jouent un rôle tel que toute formule précise est impossible. 1° Renseignements défavorables donnés sur un tiers, soit par une agence de renseignements, soit par toute autre personne. Rouen, 18 janvier 1881, sous Cass., 5 déc. 1881, Sir., 83, 1, 457. Paris, 14 déc. 1884, Sir., 85, 2, 163. Paris, 6 mai 1886, Sir., 87, 2, 229. Trib. de Libourne, 18 février 1892, Sir., 92, 2, 262. Orléans, 5 août 1892, Sir., 92, 2, 312 (maire). Paris, 23 mars 1893, Sir., 93, 2, 171. Paris, 23 nov. 1897, Sir., 99, 2, 11. Paris, 16

juillet 1909, Sir. 09, 2, 240. En tout cas, il n'y a pas lieu, dans cet ordre d'idées, de parler de diffamation, à cause du caractère confidentiel des renseignemerts. Paris, 27 avril 1878, Sir., 78, 2, 181. Cass., 23 octobre 1886, Sir , 87, 1, 441 (note Chavegrin). Bordeaux, 17 mars 1891 (Tribunal), Sir., 92, 2, 260. Voy. cep. Aix., 19 mars 1886, Sir., 86, 2, 103 (le caractère confidentiel ne joue aucun rôle quant à la question de faute civile). Voy. d'autre part, pour la question de l'action recursoire sur renseignements confidentiels, Paris, 21 juillet 1892, Sir., 94, 2, 162, et la note. Cpr. enfin sur tout cela (curieuse analogie) : Paris, 12 nov. 1881, Sir., 83, 2, 81. 2° Inexactitude ou travestissement de faits (Paris, 12 nov. 1897, Sir., 98, 2, 199. Seine, 28 janvier 1896, Sir., 97, 4, 9. Seine, 9 déc. 1896, Sir., 98, 2, 267. Paris, 2 déc. 1897, Sir., 98, 2, 268. Bordeaux, 24 janvier 1899, Sir., 99, 2, 156. Cpr. la note de M. Meynial sous un arrêt du tribunal fédéral suisse, Sirey, 97, 4, 9.) Appréciations malveillantes (Trib. de Nancy, 7 août 1889, Sir., 90, 2, 21, critique d'un hôtel dans un guide) particulièrement en matière théâtrale (Seine, 9 janvier et 11 février 1908, Sirey, 08, 2, 219 et 220), dans une publication imprimée. 3° Publication d'écrits diffamatoires, avec une responsabilité indépendante des cas prévus pour l'imprimeur par la loi du 29 juillet 1881. (Caen, 10 juillet 1895, Sir., 95, 2, 300. Lyon, 10 juillet 1896, Sir., 97, 2, 76. Lyon, 15 mars 1898, Sir., 99, 2, 278. Aix, 22 mars 1899, Sir., 99, 2, 208. Voy. en sens contraire, Alger, 25 octobre 1893, Sir., 94, 2, 13.) 4° Exercice de poursuites judiciaires, même au civil, sans raison suffisante et, à plus forte raison, par pure malice (pr. § 444, note 2 *bis*) : Cass., 13 avril 1892, Sir., 96, 1, 437. Cass., 4 juin 1896, Sir., 1897, 1, 437. Cass., 16 juin 1896, Sir., 1897, 1, 317. 5° Faits répréhensifs dans des opérations électorales : Angers, 12 janvier 1881, Sir., 81, 2, 160. (Cpr. Trib. des Conflits, 15 février 1890, Sir., 92, 3, 71). Corbeil, 3 mai 1888, Sir., 1889, 2, 118. 6° Participation abusive à des grèves : Cass., 22 juin 1892, Sir., 93, 1, 41. Chambéry, 14 mars 1893, Sir., 93, 2, 139, Lyon, 2 mars 1894, Sir., 1894, 2, 306. Bourges, 19 juin 1894, Sir., 95, 2, 197, Lyon, 15 mai 1895, Sir., 96, 2, 30. Paris, 31 mars 1896, Sir., 96, 2, 98. Cass., 29 juin 1897, Sir., 98, 1, 17 (note de M. Esmein); cpr. Nancy, 14 mai 1892, Sir., 93, 2, 20. Cpr. sur la question § 444, texte et note 1 *ter*. Mises à l'index d'un patron (Amiens, 7 juillet 1905, Sir., 06, 2, 66) ou d'un ouvrier (Douai, 19 avril 1902, Sir., 06, 2, 155) : exclusion d'ouvriers syndiqués (Trib. de Lille, 12 nov. 1906, Sir., 09, 2, 323. Trib. comm. Épernay, 28 février 1906, Sir., 06, 2, 180. Voy. cep. Trib. de Bordeaux, 14 déc. 1903, Sir., 05, 2, 17 (note de M. Ferron). 7° Nous réunissons ici quelques hypothèses sans analogie entre elles, mais qui montrent combien, dans cette extension indéfinie d'application de l'art. 1382, la pente est glissante et la solution incertaine : Orléans, 23 nov. 1882, Sir., 84, 2, 140 (absence non fautive de garde de nuit d'un magasin de matières inflammables). Pau, 18 juin 1897, Sir., 99, 2, 6 (affichage licite, à l'intérieur d'un café, ayant pour objet de prévenir le public de l'absence voulue d'un produit) : on rapprochera cet arrêt des décisions relevées plus haut, dans la présente note, sous le n° 1. Caen, 23 juin 1894, Sir., 97, 2, 257, note Michoud (concurrence

plissement d'une obligation légale [1 *sexies*], ni à des actes qui ne sont pas imputables à leur auteur, soit parce que ce dernier ne jouissait pas de l'usage de ses facultés intellectuelles, soit parce que ces actes ont été le résultat d'un cas fortuit ou d'une force majeure 2.

Du reste, un fait, même nuisible à autrui et imputable à son auteur, ne constitue un quasi-délit, qu'autant qu'il y a eu, de la part de ce dernier, soit faute positive [certaine 2 *bis*], soit tout au moins négligence ou imprudence [répréhensible 2 *ter* démon-

déloyale faite par une commune à une autre, pour déprécier une foire qui se tient sur le territoire de la seconde). 8° Nous mettons à part ce qui concerne l'ouverture d'une maison mal famée pourvue d'ailleurs de l'autorisation administrative. Req., 5 juin 1884, Sir., 84, 1, 71. Montpellier, 18 février 1898, Sir., 98, 2, 160. Il y a des arrêts antérieurs.]

[1 *sexies*. Voy. comme exemple : Cass., 12 mai 1896, Sir., 98, 1, 35 (ordre du supérieur hiérarchique). Cass., 15 février 1909, Sir., 10, 1, 497. On peut rattacher à cette règle la solution négative donnée par la cour de cassation (15 avril 1873, Sir., 73, 1, 171), à la question de savoir si le fait, par un chef de gare, de signaler à l'autorité militaire, en temps de guerre, des subsistances transportées par la compagnie dont il dépend, et dont cet avis a eu pour objet et pour effet d'en entrainer la réquisition, constitue une faute engageant la responsabilité de son auteur. Voy. encore (analog.), pour le cas de dénonciation d'une contravention à la loi pénale : Cass., 15 février 1882, Sir., 82, 1, 193 (note Lacoste). Cpr. sur ce point § 414, note 2 *bis*.]

2 Zachariæ, § 444, texte et note 9. Il est bien entendu qu'il y aurait lieu à responsabilité, si le cas fortuit ou de force majeure avait été précédé de quelque faute, sans laquelle il n'eût pas entraîné de résultats nuisibles pour autrui. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Couvreur. [Voy. dans le sens de la règle posée au texte : Req., 8 juillet 1872, Sir., 72, 1, 391. On remarquera, d'ailleurs, que si cet arrêt écarte la demande en dommages-intérêts, parce que le fait constitutif du quasi-délit a été provoqué par un cas de force majeure il constate aussi que le fait délictueux n'avait causé à la prétendue victime aucun préjudice. Cpr., toujours dans le sens de la règle posée au texte : Req., 14 janvier 1851, Sir., 52, 1, 638.]

[2 *bis*. Cpr. Seine, 27 janvier 1886, Sir., 86, 2, 72. (Le maire n'encourant aucune responsabilité, à la suite de l'annulation d'un mariage à raison de l'irrégularité de la délégation par lui donnée au conseiller municipal qui l'a célébré (ladite délégation étant d'ailleurs conforme à une pratique constante à sa date.)]

[2 *ter*. On s'est parfois demandé si l'obligation imposée à une personne, dans l'intérêt du public, par son cahier des charges, par des règlements de police, et, plus généralement, par un acte quelconque de l'autorité

trée [2] *quater*]. Art. 1382 et 1383. Il résulte de là, que les faits articulés par le demandeur doivent être de nature à faire ressortir, à la charge du défendeur [2 *quinquies*], une faute, une imprudence, ou une négligence [3],

publique, est, par cela même, sanctionnée par l'art. 1382, pour le cas où elle a été enfreinte et où un dommage s'est produit. Voy. pour l'hypothèse où cette obligation résulte d'un cahier des charges : Paris, 14 juin 1883, Sir., 84, 2, 147. Voy. pour l'hypothèse où elle résulte d'un règlement de police : Paris, 14 mai 1882, Sir., 82, 2, 182. Paris, 1er août 1891, Sir., 94, 2, 304. Cass., 16 avril 1896, Sir., 98, 1, 36. Paris, 5 août 1897, Sir., 98, 2, 39. Cass., 12 janvier 1897, Sir., 97, 1, 231. Voy. pour l'hypothèse où elle résulte d'un règlement de chemin de fer : Douai, 27 juin 1881, Sir., 84, 2, 7. Grenoble, 14 janvier 1880, Sir., 82, 2, 34. Cass., 15 juillet 1896, Sir., 97, 1, 229. Voy. pour l'hypothèse où elle résulte d'un arrêté préfectoral : Cass., 2 déc. 1884, Sir., 86, 1, 367. Angers, 19 juillet 1899, Sir., 99, 2, 263. Voy. enfin pour l'hypothèse où elle résulte d'un décret : Cass., 22 février 1898, Sir., 99, 1, 492 (décret du 9 septembre 1848). Angers, précité, 19 juillet 1899, Poitiers, 18 mars 1903, Sir., 05, 2, 238 (décret du 10 août 1852). ou d'une loi (loi du 12 juin 1893) Nancy, 29 juin 1895. Sir., 96, 2, 207. Cette question n'en est point une. Tout dépend du point de savoir s'il y a un rapport de cause à effet (voy. texte et note 3 *ter infra*) entre la violation du texte administratif et le dommage. Le seul fait de la violation du texte administratif ne saurait constituer une présomption suffisante de ce rapport.]

[3 *quater*. Voy. comme exemple des difficultés de preuve en cette matière : Paris, 17 nov. 1896, Sir., 98, 2, 158 (communication à la nourrice d'une maladie syphilitique héréditaire de l'enfant, révélée au cours de l'allaitement, le père légal et la mère en paraissant également indemnes). Lyon, 2 février 1904, Sir., 04, 2, 207. Cpr. pour la responsabilité de l'assistance publique dans des hypothèses analogues : Poitiers, 23 déc. 1892, Sir., 93, 2, 103. Paris, 24 février 1893, Sir., 93, 2, 72. Bourges, 14 avril 1902, Sir., 02, 2, 208. Lyon, 9 déc. 1903, Sir., 04, 2, 112. — Voy. encore, comme exemples des difficultés de preuve susvisées, Trib. de Cahors, 9 juillet 1900, Sir., 02, 2, 52 (accident de chasse), Bordeaux, 9 juillet 1906, Sir., 07, 2, 68.]

[2 *quinquies*. Cpr. Cass., 31 juillet 1905, Sir., 09, 1, 143.]

3 Cette règle s'applique au dommage causé par un incendie, comme à tout autre dommage, lorsque l'action en réparation est dirigée contre une personne qui n'était pas soumise à l'obligation de veiller à la conservation de la chose, et à laquelle on ne saurait dès lors imputer aucune faute contractuelle. L'art. 1733 ne forme pas exception à cette règle. Cpr. § 367, texte n° 3, notes 21, 31 et 32. — [La cour de cassation concluait pareillement, en 1870, de la règle posée au texte, que l'explosion d'une machine à vapeur n'était point, par elle-même, génératrice d'une responsabilité *quasi ex delicto*, à la charge du propriétaire de ladite machine. Civ. rej., 19 juillet 1870, Sir., 71, 1, 9. Il n'y avait là, pour elle, comme

[suffisamment caractérisées [3] *bis*, ayant produit, par une relation de cause à effet [3] *ter*, le dommage qu'il s'agit de réparer]. Il en résulte encore qu'on ne peut considérer comme quasi-délit, un fait qui n'a porté préjudice à autrui, que par suite d'une faute imputable à la per-

dans l'hypothèse d'un incendie, qu'un fait matériel, à l'origine duquel peut se trouver, comme aussi peut ne pas se trouver, une faute. Il est bien difficile de concilier la doctrine de cet arrêt avec celle de l'arrêt célèbre du 16 juin 1896, Sir., 97, 1, 17 (note Esmein, voy. § 448, note 18 *bis*). — Voy. encore, comme exemples divers de la doctrine formulée au texte : Cass., 15 janvier 1872, Sir., 72, 1, 14. Nancy, 4 déc. 1896, Sir., 97, 2, 63 (bicyclette). Paris, 15 nov. 1896, Sir., 98, 2, 7 (chasse). Douai, 13 mai 1902, Sir., 04, 2, 44. Cass., 15 juillet 1902, Sir., 03, 1, 524 (tramway).— Voy. encore, pour le cas de communication *consciente* de maladies syphilitiques ou autres; Lyon, 15 janvier 1901, Sir., 02, 2, 40. Paris, 12 janvier 04, Sir., 04, 2, 275. Trib. du Havre, 9 mars 1905, Sir., 05, 2, 179. Rouen, 25 nov. 1905, Sir., 06, 2, 31. Cpr. Cass., 31 octobre 1906, Sir., 07, 1, 343.]

[3 *bis*. Voy. comme exemples, dans les hypothèses les plus variées : Cass., 27 février 1878, Sir., 1878, 1, 323. Nancy, 3 juillet 1878, Sir., 78, 2, 249. Aix, 17 février 1881, Sir., 82, 2, 103. Orléans, 29 janvier 1882, Sir., 83, 2, 186. Paris, 17 janvier 1884, Sir., 86, 2, 174. Paris, 25 août 1890, Sir., 92, 2, 138. Paris, 10 janvier 1891, *ibid.* Cass., 18 mars 1891, Sir., 94, 1, 70 (cpr. Cass., 20 juillet 1905, Sir., 09, 1, 317). Paris, 8 février 1896, Sir., 99, 2, 215. — Voy. en particulier, pour le cas de saisie-arrêt abusive ou imprudente : Cass., 15 mars 1892, Sir., 94, 1, 495. Cass., 22 octobre 1895, Sir., 99, 1, 443. Toulouse, 27 janvier 1898, Sir., 99, 2, 124. Pour l'accident d'automobile, Bordeaux, 30 déc. 1904, Sir., 07, 2, 69.]

[3 *ter*. Nous relevons ici quelques arrêts qui nous ont paru plus particulièrement significatifs sous ce point de vue. 1° La relation de cause à effet n'étant pas établie, les dommages-intérêts ne sont pas dus : Req., 22 janvier 1872, Sir., 72, 1, 419. Rouen, 24 déc. 1878, Sir., 79, 2, 179. Civ. rej., 16 juin 1884, Sir., 87, 1, 475. Req., 2 déc., 1884, Sir., 86, 1, 367. Req., 23 juin 1887, Sir., 90, 1, 291. Aix, 4 juillet 1894, Sir., 95, 2, 204. Req., 15 juillet 1896, Sir., 97, 1, 229. — Voy. dans le même sens, mais pour la faute contractuelle : Civ. cass., 19 août 1874, Sir., 75, 1, 24. Req., 19 janvier 1903, Sir., 03, 1, 396. 2° La relation de cause à effet étant établie, les dommages-intérêts sont dus : Civ. cass., 20 janvier 1880, Sir., 81, 1, 359. Civ. rej., 7 février 1894, Sir., 98, 1, 278. 3° Cassation de l'arrêt accordant les dommages-intérêts sans que la relation de cause à effet soit établie : Civ. cass., 19 mars 1888, Sir., 90, 1, 397. 4° Voy. enfin sur l'étendue des pouvoirs du juge du fond : Civ. rej., 22 nov. 1892, Sir., 93, 1, 23. Req., 1er mai 1899, Sir., 00, 1, 119. Cpr. sur tout cela § 445, note 1 *ter*.]

sonne même qui a éprouvé ce préjudice[4]. Lorsqu'il y a eu faute, tant de la part de l'auteur d'un fait, que de la part de celui auquel ce fait a causé dommage [ou de la personne qui en avait la garde[4 bis]], la question de savoir s'il y a lieu à responsabilité, et la fixa-

[4] *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire.* L. 203, D. *de R. J.* (50, 17). Zachariæ, § 444, texte et note 10. Ainsi, celui qui, en jetant quelque chose de sa maison sur un terrain qui lui appartient, et qui n'est soumis à aucune servitude de passage, blesse par hasard un étranger qui s'y trouve sans permission, ne commet pas un quasi-délit. Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1487. Cpr. L. 31 *in fine*, D. *ad. leg. aquil.* (9, 2); Code pénal, art. 471, n° 12. [Voy. comme exemples : Cass., 28 mars 1876, Sir., 76,1, 399. Cass., 17 mars 1880, Sir. 80, 1, 215, Cass., 15 nov. 1881, Sir., 83, 1, 402. Cass., 18 octobre 1886, Sir., 87, 1, 16. Toulouse, 31 mai 1889, Sir., 89, 2, 168. Cass., 2 déc. 1884, Sir., 86. 1, 367. Cass., 17 nov. 1884, Sir., 85, 1, 360. Cass., 2 déc. 1885, Sir., 87, 1, 312. Cass., 17 nov. 1886. Sir., 87, 1, 227. Cass., 8 mai 1893, Sir. 94, 1, 214. Cass., 27 déc. 1898, Sir., 99, 1, 230. Cass., 25 mars 1902, Sir., 03, 1, 5, note Lyon-Caen. Bourges, 15 nov. 1905, Sir., 06, 2, 177. — Voy. spécialement, pour un accident de bicyclette : Cass., 12 juillet 1899, Sir., 99, 1, 497, note Esmein. Cpr. Nancy, 4 déc. 1896, Sir., 97, 2, 63. — Pour un accident de motocyclette : Cass., 25 juillet 1905, Sir., 07, 1, 420. — A un tout autre point de vue, on notera ici l'art. 7 de la loi du 15 juillet 1845, qui interdit le dépôt de matière inflammables près de la voie. Ce texte ne vise pas le riverain, qui a coupé et laissé sur place, sans les amonceler, les broussailles de sa propriété. Il ne saurait donc être considéré, vis-à-vis de la Compagnie, comme étant lui-même en faute. Req., 24 juillet 1905, Sir., 08, 1, 539. Cpr. pour une hypothèse analogue, régie par le décret du 6 août 1881, art. 21 : Req., 4 avril 1905. Sir., 08, 1, 537. — Peut-être faut-il rattacher à la règle posée au texte, la doctrine de l'arrêt de la Chambre des requêtes du 7 avril 1879. Sir., 80, 1, 103, aux termes duquel le créancier qui a saisi et fait vendre en totalité un immeuble indivis entre son débiteur et un tiers, n'est pas responsable envers celui-ci du préjudice qu'il a éprouvé, alors que la possession exclusive du débiteur saisi, les actes de disposition émanés de lui, les énonciations du cadastre et le silence du tiers copropriétaire donnaient à penser que l'immeuble saisi appartenait exclusivement au débiteur. Cpr. Pau, 8 mars 1865, Sir., 65, 2, 90 et § 778, note 20. — En tout cas, la règle posée au texte cesserait de s'appliquer, et l'on retomberait dans l'hypothèse prévue texte et note 5 *infra*, si, au lieu d'un *fait* qui a porté préjudice à autrui, par suite d'une *faute* imputable à la victime, on supposait une faute proprement dite de l'auteur du dommage : la faute de la victime ne la ferait pas disparaître. Cass., 12 déc. 1893, Sir. 94, 1, 223. Cass., 7 août 1895, Sir., 96, 1, 127. Cass., 24 février 1896. Sir., 96, 1, 461. Cass., 11 nov. 1896, Sir., 98, 1, 228. Cass., 22 février 1898, Sir., 99, 1, 492.]

[4 *bis*. Chambéry, 23 déc. 1878, Sir., 79, 2, 173.]

tion de la part d'indemnité qui peut être due, restent abandonnées à l'arbitrage du juge [5].

[Le juge du fond constate souverainement les faits

[5] Zachariæ, § 444, note 11. Cpr. Turin, 26 août 1809, Sir., 10, 2, 138 ; Bourges, 28 août 1832, Sir., 34, 2, 38. [La jurisprudence contemporaine sur la faute commune est très abondante. Voyez notamment : Cass., 8 février 1875, Sir., 75, 1, 204. Paris, 29 avril 1875, Sir., 76, 2, 182. Bordeaux, 19 août 1878, Sir., 79, 2, 13. Cass., 20 août 1879, Sir., 80, 1, 55. Cass., 1er juillet 1878, Sir., 79, 1, 423. Conseil d'État, 15 février 1872, Sir., 73, 2, 240. Lyon, 24 juillet 1877, Sir., 78, 2, 1. Cass., 5 août 1879, Sir., 81, 1, 403. Cass., 29 mars 1886, Sir., 86, 1, 428. Cass., 10 novembre 1884, Sir., 85, 1, 129 (note Lyon-Caen), Cass., 26 avril 1887, Sir., 87, 1, 471. Rouen, 25 juillet 1888, Sir., 90, 2, 122. Paris, 25 août 1890, Sir., 92, 2, 138. Paris, 8 février 1896, Sir., 99, 2, 215. Cass., 11 novembre 1896, Sir., 98, 1, 228. Cass., 28 mars 1900, Sir., 02, 1, 259, Fontainebleau, 13 nov. 1907, sous Paris, 31 mars 1909, Sir., 09, 2, 283. Cass., 28 mars 1900, Sir., 02, 1, 259. Cass., 24 novembre 1909, Sir., 10, 1, 319. Voy. en particulier, et en sens divers, pour les accidents de bicyclette ou d'automobile : Poitiers, 18 mars 1903, Sir., 05, 2, 238. Amiens, 6 avril 1905, Sir., 06, 2, 269. Amiens, 7 juillet 1905, Sir., 06, 2, 270. Amiens 1er août 1905, Sir., 06, 2, 269. — Voy. d'autre part, pour le cas où il s'agit du bris d'un vitrage de luxe inutilement apposé par un commerçant à son magasin : Fontainebleau, 17 mai 1876, et Com. Seine, 21 nov. 1870, Sir., 77, 2, 24. Trib. St-Brieuc, 5 mars 1883, Trib. d'Avignon 27 nov. 1888, Sir., 89, 2, 143. Com. Nantes, 7 mars 1896, Sir., 96, 2, 285. Com. Clermont-Ferrand, 12 nov. 1907, Sir., 07, 2, 316. — Cette jurisprudence sur la faute commune s'applique dans l'hypothèse d'un abordage en eaux fluviales ou de rivière, les règles spéciales du Code de commerce sur l'abordage ne concernent que l'abordage maritime : Paris, 3 janvier 1884, Sir., 85, 2, 109. Paris, 22 janvier 1885, *ibid.* Elle s'applique même dans l'hypothèse de l'art. 407 § 3 du Code de commerce, dans le cas où il est possible au juge du fait de vérifier les causes de l'abordage, et de reconnaître la coexistence des fautes commises par les capitaines. Cass., 29 juillet 1880, Sir., 80, 1, 350. — On peut rattacher à la formule du texte la jurisprudence aux termes de laquelle l'indemnité due au propriétaire de l'immeuble contigu à une maison de tolérance peut être atténuée par le juge du fait dans le cas où ce propriétaire ne l'est devenu qu'après le moment où l'exploitation de cette maison avait commencé. Aix, 19 nov. 1878, Sir., 79, 2, 139. Cpr. Alger, 22 février 1898, Sir., 99, 2, 107. — Notons enfin qu'il y a des hypothèses où la nuance de fait est très difficile à fixer en ce qui concerne l'hypothèse de la note 4 *supra* (faute entière de la victime) et celle de la présente note (faute commune). Nous visons ici les accidents survenus aux piétons qui passent le portillon d'un passage à niveau. Cpr. Douai, 3 février 1903, Sir., 05, 2, 51. Poitiers, 15 février 1904, Sir., 04, 2, 267. — Signalons une dernière question sur la faute commune en ce qui concerne la rédaction des motifs de l'arrêt qu

constitutifs du quasi-délit. Mais il appartient à la cour de Cassation de rechercher si ces faits présentent bien les caractères juridiques de la faute, telle qu'elle a été décrite ci-dessus [5] *bis*.]

Tout quasi-délit engendre l'obligation de réparer le dommage qui en est résulté pour autrui. Art. 1382 et 1383. Cette obligation est, en général, régie par les mêmes principes que celle qui naît d'un délit de Droit civil[6], [notamment, en ce qui concerne la solidarité entre les coauteurs d'un même quasi-délit[6] *bis*, ou d'un quasi-délit et d'un cas de responsabilité[6] *ter*, ou enfin d'un quasi-délit et de la violation d'une obligation conventionnelle[6] *quater*, en ce qui concerne l'étendue des dommages-intérêts[6] *quin-*

l'écartent, et sur la possibilité du contrôle de la cour de cassation. Cass., 25 nov. 1902, Sir., 03, 1, 132.]

[5 *bis*. La cour de cassation contrôle la qualification donnée par le juge du fond, aux actes qu'il a souverainement constatés. Cass., 27 mars 1882, Sir., 82, 1, 305. Cass., 19 mars 1888, Sir., 90, 1, 397. D'où il suit que la rédaction du jugement ou de l'arrêt rendu par le juge du fond doit lui permettre d'exercer le contrôle susvisé et lui en fournir le moyen. Cpr. Cass. 22 octobre 1890, Sir., 90, 1, 532. Cpr. aussi, en matière de faute contractuelle, Cass., 10 déc. 1907, Sir., 10, 1, 132. — Nous renvoyons d'ailleurs, en ce qui concerne les pouvoirs du juge du fait, aux exemples relevés à la note 3 *ter supra*. *Adde*: Cass., 23 oct. 1891, Sir., 95, 1, 87. Cass., 7 juillet 1898, Sir., 98, 1, 519. Cass., 12 juillet 1899, Sir., 99, 1, 497, note Esmein.]

[6] Cpr. § 445.

[6 *bis*. Voy. § 445, texte et notes 6 à 7 *bis*. L'incendie qui a éclaté chez un propriétaire, et par sa faute, et qui s'est propagé ensuite chez un propriétaire contigu et par suite du vice de construction de l'immeuble de celui-ci, ne constitue pas un quasi-délit unique, avec solidarité des deux propriétaires. Les juges du fond peuvent dès lors et doivent répartir la responsabilité du dommage total, même vis-à-vis des victimes, entre les deux propriétaires en faute. Req., 24 juillet 1878, Sir., 79, 1, 463.]

[6 *ter*. Cass., 14 nov. 1888, Sir., 91, 1, 459. Paris, 10 mars 1892, Sir., 92, 2, 255. Lyon, 7 déc. 1894, Sir., 95, 2, 180. Conseil d'État, 1er février 1895, Sir., 97, 3, 31. Amiens, 13 juillet 1895, Sir., 97, 2, 67. Cass., 3 avril 1908, Sir., 09, 1, 423. Cpr. § 447, note 38 *ter*.]

[6 *quater*. Paris, 24 nov. 1904, Sir., 05, 2, 284 (directeur de théâtre qui débauche un artiste d'un autre théâtre). Voy. sur cette forme particulière de délit ou de quasi-délit civil, § 444, texte et note 1 *ter*.]

[6 *quinquies*. Voy. § 445, texte et notes 9 et suiv.]

quies et en ce qui concerne le caractère indirect du dommage [6] *sexies*.]

Les dispositions des art. 1382 et 1383 sont étrangères [dans les rapports des parties entre elles [6] *septies*] aux fautes commises dans l'exécution d'un engagement contractuel ou, [dans les mêmes conditions], d'une obligation naissant d'un quasi-contrat [7].

[6 *sexies*. Dijon, 12 mai 1897, Sir., 97, 2, 243.]

[6 *septies*. Il en est autrement vis-à-vis des tiers qui souffrent de l'inexécution de l'obligation conventionnelle. Voy. § 444, note 1 *ter in fine*. Voy. comme exemple Cass., 16 février 1897, Sir., 01, 1, 350 (responsabilité, fondée sur l'art. 1382, de l'entrepreneur de l'entretien du service des eaux d'une ville, vis-à-vis des particuliers auxquels ladite ville a consenti une concession d'eau).]

[7] Larombière, *op. cit.*, V, art. 1382 et 1383, n° 8. Zachariæ, § 444, note 4. La responsabilité qui peut naître de pareilles fautes, se détermine d'après les principes qui régissent le contrat ou le quasi-contrat de l'exécution duquel il s'agit. [Voy. d'ailleurs, sur la distinction de la faute délictuelle et de la faute contractuelle, § 445, texte et note 9 *undecies*.] Il convient, toutefois, de remarquer que les fautes commises dans l'exécution d'une convention, peuvent quelquefois dégénérer en délits de Droit criminel : et, dans ces cas, les art. 1382 et suivants sont évidemment applicables. — [Ce n'est pas tout, et la vraie difficulté commence plutôt dans le cas où la faute commise dans l'inexécution d'une convention, sans dégénérer, comme on vient de le supposer, en un délit de droit criminel, constitue à tout le moins un délit ou un quasi-délit civil au sens de l'art. 1382. En pareil cas, deux fautes sont réunies dans un même fait, la faute délictuelle et la faute contractuelle, de caractère exclusivement civil l'une et l'autre. Dès lors, et à supposer, bien entendu, que l'on admette avec nous la doctrine de la dualité des fautes (voy. § 445, texte et note 9 *undecies*), deux actions différentes sont nées, en théorie tout au moins, au profit du créancier, l'action en dommages-intérêts des art. 1149 et suiv., l'action en dommages-intérêts de l'art. 1382, la première n'ayant pour objet, même en cas de délit civil et de dol du débiteur, que la réparation du préjudice direct, l'autre ayant pour objet, même en cas de quasi-délit civil et en l'absence de dol du débiteur, la réparation du préjudice indirect lui-même : la première ne comportant aucune solidarité entre les codébiteurs conjoints ou entre le débiteur et les tiers, qui auraient participé à la perpétration de la faute, l'autre comportant, au contraire, cette solidarité (voy. § 445, texte et note 6). Il va de soi qu'il ne saurait être question, pour le créancier, de cumuler le bénéfice de ces deux actions contre le débiteur : elles sont, l'une et l'autre, pour employer l'expression romaine, des actions *reipersecutoriæ*, et le cumul n'en est pas possible (fr. 44, Dig., *De oblig. et action.*, 44, 7 : voy. Girard, *Précis*[5], p. 660). Mais le créancier pourrait-il, à tout le moins, exercer celle de ces deux actions

Mais elles doivent être appliquées, sauf les modifications résultant de dispositions spéciales [7 *bis*] aux fautes que les fonctionnaires publics [7 *ter*] et les officiers ministériels commettent dans l'exercice de leurs fonctions,

qui lui serait plus favorable que l'autre, le tout, bien entendu, en remplissant les conditions requises pour l'exercice de cette action, demander, par exemple, au débiteur, la réparation du préjudice indirect, ou invoquer la solidarité entre les codébiteurs conjoints? Laissant de côté cette dernière question, sur laquelle nous venons précisément de nous prononcer affirmativement à la note 6 *quater supra*, nous résoudrons pareillement la première par l'affirmative. On ne voit pas de raison pour traiter le débiteur de l'obligation conventionnelle qui a commis sur l'objet dû un délit civil de droit commun, plus favorablement qu'un tiers qui ne serait conventionnellement tenu à rien. Voy. en ce sens les observations de M. Labbé, Sir., 1886, 1, 5, sous l'arrêt de la Chambre de requêtes du 23 nov. 1885. Il n'en serait autrement que si le débiteur délinquant parvenait à établir spécialement, en fait, que le contrat qui le liait envers le créancier victime de sa faute, comportait, dans la pensée des parties, limitation conventionnelle de la responsabilité du premier envers le second, quelle que fût l'origine de cette responsabilité, au préjudice direct seulement. Nous serions alors en présence d'une clause d'exonération conventionnelle de la responsabilité fondée sur l'art. 1382, parfaitement licite en elle-même, en tant qu'il s'agirait de la responsabilité des quasi-délits civils, mais dont la validité serait, au contraire, douteuse, s'il s'agissait de la responsabilité du délit civil, commis, par définition même, avec intention de nuire. On ne peut, en effet, s'exonérer conventionnellement des conséquences de son dol (fr. 23, Dig., *de reg. juris*, 50, 17. Nous ferons observer d'ailleurs, en terminant la présente note, qu'en dehors des fautes qu'elle a pour objet, que ces fautes soient ou non génératrices d'un délit de droit criminel, il y a lieu de prévoir celles que les parties ou l'une d'elles commettraient, dans l'exécution du contrat, vis-à-vis des tiers. Les fautes de cette espèce restent, bien évidemment, sous l'empire des art. 1382 et 1383, réserve faite du point de savoir si l'autre contractant n'a pas entendu les prendre à sa charge. Cpr. sur ce dernier point : Civ. cass. 19 août 1878, Sir., 79, 1, 422.]

[7 *bis*. Il s'agit ici de dispositions spéciales qui excluraient expressément l'application aux fonctionnaires susvisés des règles de droit commun de la responsabilité civile. D'où il suit qu'en l'absence de dispositions de ce genre, la simple éventualité de l'exercice de l'action disciplinaire par l'autorité administrative compétente, ne saurait mettre obstacle à l'action en dommages-intérêts fondée sur l'art. 1382. Trib. des conflits, 2 juin 1908, Sir., 08, 3, 81, note Hauriou (application à l'action en dommages-intérêts formée par le père de famille contre l'instituteur public, à raison des propos par lui tenus en classe).]

[7 *ter*. Pour leurs fautes personnelles. Voy. § 447, texte et note 18 *sexies*.]

en n'accomplissant que d'une manière irrégulière les obligations légales qui leur sont imposées[8], ainsi qu'à celles dont les médecins, chirurgiens, pharmaciens, officiers de santé et sages-femmes se rendent coupables dans la pratique de leur art[9].

[Il y a lieu, également, de les appliquer aux directeurs des bureaux de placement[9] *bis* et aux brocanteurs[9] *ter*.]

On peut assimiler aux quasi-délits, les cas dans lesquels une personne est responsable du dommage causé, soit

[8] Cpr. sur la responsabilité : — 1° Des juges et officiers du ministère public ; Code Napoléon, art. 4 et 3063 ; Code de procédure, art. 15, 505 et suiv ; Code d'instruction criminelle, art. 77, 112, 164, 271 et 415. — 2° Des officiers de l'état civil : art. 51 et 52 ; § 62, texte *in fine*. — 3° Des conservateurs des hypothèques : art. 2108, 2197, 2198 et 2202 ; § 268. — 4° Des notaires : Loi du 25 ventôse, art. 16, 18, et 68. [Cpr. Req., 18 nov. 1885, Sir., 89, 1, 55. Civ. cass., 6 août 1890, Sir., 92, 1, 252. Req., 20 octobre 1891, Sir., 92, 1, 585. Civ.cass., 8 mars 1893, Sir., 97, 1, 13. Civ., cass., 9 nov. 1904, Sir., 05, 1, 229. Angers, 7 mai 1906, sous Cass., 09, 1, 394. Cass., 25 nov. 1908, Sir., 10, 1, 236. — Voy. en particulier, sur la responsabilité possible des chambres de notaires : Limoges, 31 déc. 1906, sous Cass., 15 avril 1908, Sir., 10, 1, 97, note Charmont. Le tout, indépendamment de la responsabilité des notaires comme mandataires. Cass., 18 janvier 1892, Sir., 92, 1, 255.] — 5° Des avoués: Code de procédure, art. 1031. [Aix, 26 octobre 1900, Sir., 01, 2, 172. Cass., 6 mars 1900, Sir., 02, 1, 145. Besançon, 26 juin 1901, Sir., 04, 2, 157. Cass., 30 octobre 1901, Sir., 02, 1, 235. Rennes, 26 avril 1904, Sir., 04, 2, 239. Rennes, 24 mai 1909, Sir., 09, 2, 200.] — 6° Des huissiers : même Code, art. 1031, et décret du 14 juin 1813, art. 45. [Req., 2 mars 1891, Sir., 95, 1, 193, Lyon, 7 août 1902, Sir., 02, 2, 292. Dijon, 18 mai 1903, Sir., 04, 2, 127. Il y a des arrêts antérieurs.]

[9] Crim. rej., 18 septembre 1817, Sir., 18, 1, 115. Angers, 1er avril 1833, et Paris, 5 juillet 1833, Sir., 35, 1, 401. Metz, 21 mai 1867, Sir., 68, 2, 106. Dijon, 14 mai 1868, Sir., 69, 2, 12. [Nîmes, 26 janvier 1884, Sir., 86, 2, 156. Alger, 17 mars 1894, Sir., 95, 2, 237. Douai, 15 avril 1897, Sir., 98, 2, 78. Cpr. pour le cas où le médecin ne répond pas à l'appel : Pau, 1er mai 1900, Sir., 00, 2, 301. Caen, 16 janvier 1901, Sir., 04, 2, 172. Lyon, 17 nov. 1904, Sir., 07, 2, 233. Paris, 8 mars 1905, Sir., 09, 2, 49. Amiens, 14 février 06, Sir., 09, 2, 225. Aix, 22 octobre 1906, Sir., 09, 2, 321.] Voy. aussi, sur la responsabilité des architectes et entrepreneurs de constructions : § 374, texte n° 2, et notes 21 et 22.

[9 *bis*. Paris, 28 avril 1904, Sir., 05, 2, 102. Paris, 17 juillet 1885, Sir., 86, 2, 104.]

[9 *ter*. Loi du 15 février 1898, Caen, 14 juin 1906, Sir., 07, 2, 44.]

par d'autres personnes, soit par des animaux ou des choses qui lui appartiennent ou qui sont confiés à sa garde. Cette responsabilité, en effet, repose sur une présomption légale de faute de la part des personnes qui y sont soumises [10].

[10] Arg. art. 1384, al. 5. Marcadé, sur l'art. 1384, n° 1. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, n° 1. Colmet de Santerre, V, 365. Zachariæ, § 446, texte et note 3. [Cette explication ancienne est encore admise sans difficulté pour les hypothèses de responsabilité du fait d'autrui auxquelles est consacré le § 447, la présomption de faute étant, d'ailleurs, plus ou moins rigoureuse, suivant qu'elle comporte ou non l'exonération de responsabilité résultant de la preuve de l'absence de faute (voy. § 447, texte et notes 11 *bis* et suiv.). Mais des idées bien différentes se font jour aujourd'hui sur la responsabilité du fait des choses, c'est-à-dire sur la responsabilité du fait des animaux (art. 1385), sur la responsabilité du fait des bâtiments, immobiliers ou non (art. 1386), enfin, d'après une jurisprudence qui s'affirme plus catégoriquement chaque jour, sur la responsabilité du fait des choses quelconques autres que celles visées par les art. 1385 et 1386 précités. Cette dernière sorte de responsabilité résulterait de la disposition finale du premier alinéa de l'art. 1384, qui a été, pendant longtemps, considérée comme une simple disposition de renvoi, soit à l'art. 1382, pour le cas de faute, démontrée par la victime, du propriétaire ou plus généralement du gardien de la chose, soit aux art. 1385 et 1386, considérés comme établissant des présomptions, plus ou moins accentuées, de faute : mais qui prend aujourd'hui la valeur d'une disposition indépendante, étrangère, au moins dans une certaine mesure, à l'art. 1382, et régissant la responsabilité du fait des choses autres que celles que visent les art. 1385 et 1386. Voy. surtout Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, Paris, 1897, et sa note dans Dall., 1897, 1, 433 : Josserand, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, 1897, et ses notes dans Dall., 1900, 2, 289, 1904, 2, 257, 1905, 2, 417, 1906, 2, 249. On a justement signalé (Planiol, II, n° 930), comme précédents de cette doctrine au moins hardie, quelques formules inquiétantes de Demolombe, XXXI, n°s 638 et 656. Cpr. Fenet, XIII, 477. — Selon moi, il est incontestable qu'il est difficile, pour ne pas dire impossible, de ramener la disposition de l'art. 1386, au moins en tant qu'elle vise l'hypothèse d'un vice de construction, et qu'on suppose que le propriétaire a acheté le bâtiment déjà construit, à une présomption de faute. On est conduit alors à admettre, au moins pour ce cas particulier, une responsabilité d'un type différent, fondée sur l'idée que le propriétaire est responsable, en sa qualité de propriétaire, du dommage causé par sa chose, indépendamment de toute faute, réserve faite cependant de l'hypothèse d'un cas fortuit ou d'une force majeure démontrés. C'est la responsabilité des risques que les tiers peuvent courir du fait seul de l'existence de la chose, ou, plus brièvement, la responsabilité-

II. *Des cas de responsabilité.*

447.

a. *Des cas dans lesquels une personne est, en vertu de dispositions spéciales de la loi, responsable du dommage causé par d'autres personnes.*

1° Le père, et, après son décès [1], la mère, sont respon-

risque par opposition à la responsabilité-faute. Il paraît équitable que le propriétaire, ayant pour lui toutes les chances de gain qui s'attachent à la chose, prenne, par là même, à sa charge, toutes les chances de perte. Ce n'est, en somme, qu'une nouvelle application de la vieille maxime : *Ubi emolumentum, ibi onus esse debet.* En réalité, il y a là un abus de langage et une confusion de mots. Il est bien vrai que le propriétaire, ayant pour lui toutes les chances de gain, prend par là même à sa charge toutes les chances de perte, mais cela s'entend des pertes qui atteignent la chose, et, si l'on me permet l'expression, qu'elle *peut subir*, et non pas des pertes qu'elle *peut faire subir*. Dans la doctrine que je résume, et qui est plus généreuse que réfléchie, on passe d'un sens à l'autre, et ils sont cependant fort différents. D'où il suit que si, pour des raisons particulières qui tiennent aux précédents historiques de la *actio damni infecti*, dont l'art. 1386 n'est qu'une atténuation (voy. § 448, note 17), on peut considérer comme justifiée en législation, la disposition de l'art. 1386 concernant le vice de construction, il est au moins téméraire d'étendre l'esprit qu'on lui prête à toutes les hypothèses de responsabilité du fait des choses, notamment aux hypothèses de responsabilité du fait des animaux (art. 1385) et de responsabilité du fait des choses en général (art. 1384). Je pense, pour ma part, comme MM. Aubry et Rau, que tous ces types de responsabilité se rattachent au type général de la responsabilité fondée sur la faute : seulement, la présomption de faute est plus ou moins rigoureuse, c'est-à-dire plus ou moins difficile à écarter par la preuve contraire, suivant les cas. Voy. pour l'art. 1386, § 448, texte et notes 15 *septies* et suiv., pour l'art. 1385, § 448, texte et notes 8 *bis* et suiv., et pour l'art. 1384, § 448, note 18 *bis*. Toute autre conception me paraît incompatible avec les textes actuels du Code civil : elle ne peut être discutée qu'en législation, et sur ce terrain même, on pourra toujours lui reprocher, comme le fait M. Planiol dans une formule énergique et précise, de tendre à déplacer l'effet des cas fortuits. Planiol, II, n° 930, et *Responsabilité du fait des choses*, dans la *Revue critique*, 1906, 80. L'idée a été reprise par MM. Colin et Capitant, II, p. 371. E. B.]

[1] [Cass., 13 août 1877, Sir., 79, 1, 472. Voy. aussi, Chambéry, 6 février 1874, Sir., 75, 1, 178.] On doit, sous ce rapport, assimiler au décès du

sables [en cette seule qualité [1] *bis*] du dommage causé par leurs enfants mineurs, habitant avec eux [2]. Art. 1384 al. 2.

L'émancipation tacite qui résulte du mariage, fait cesser la responsabilité des père et mère [3]. Mais il n'en est pas de même de l'émancipation expresse, alors du moins que l'enfant émancipé continue à habiter avec ses parents, et reste ainsi placé sous leur autorité morale [4].

La responsabilité des père et mère, en ce qui concerne le dommage causé par leur enfant mineur habitant avec eux, reste engagée, bien que cet enfant se trouve momentanément confié à la surveillance d'une autre per-

père, son absence déclarée ou présumée, et le cas où il se trouve en état de démence ou d'interdiction légale. Art. 141 et arg. de cet art. Cpr. § 160, texte et note 3, § 550, texte *in principio*. Duranton, XIII, 716. Marcadé, sur l'art. 1384, n° 2. Larombière, *Des obligations*, V, art. 1384, n° 3. — Touillier (XI, 279 et 281) pense même que le mari qui, en entreprenant un voyage, a laissé son enfant sous la garde et la surveillance de sa femme, cesse d'être, pendant ce voyage, responsable des actes de l'enfant, et que la responsabilité de ces actes pèse sur la mère seule. Voy. également dans ce sens : Marcadé et Larombière, *locc. citt.*, Nîmes, 20 mai 1858, Sir., 58, 2, 430. Le texte et l'esprit de l'art. 1384 nous paraissent repousser cette opinion. Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, I, p. 451. Req. rej., 16 août 1841, Sir., 41, 1, 751.

[1 *bis*. C'est-à-dire, en ce qui concerne le père, abstraction faite de sa qualité d'administrateur légal des biens de l'enfant. Voy. comme conséquence : Bordeaux, 18 mars 1878, Sir., 1878. 2.261.]

[2] Il ne faut pas prendre ces termes au pied de la lettre. Il est, en effet, hors de doute que la responsabilité des parents continue de subsister, lorsqu'ils laissent leurs enfants se livrer à une vie vagabonde, et même lorsque, en les envoyant faire leurs études dans une autre ville que celle qu'ils habitent, ils les abandonnent à eux-mêmes.

[3] En effet, l'enfant, en se mariant, ou devient lui-même chef de famille, ou passe sous l'autorité maritale. Et il n'y a pas de reproche à faire au père ou à la mère d'avoir consenti au mariage de leur enfant, lorsque l'occasion de l'établir s'est présentée. Toullier, XI, 277. Duranton, XIII, 715. Marcadé, sur l'art. 1384, n° 2. Larombière, *op. cit.*, art. 1384, n° 4. Colmet de Santerre, V, 365 *bis*, II.

[4] *Non obstat* art. 372 : L'émancipation d'un enfant, qui n'est pas digne de ce bienfait, est un acte tout au moins inconsidéré, et il ne peut pas dépendre des parents de s'affranchir, par un pareil acte, de la responsabilité que la loi leur impose. Duranton, Marcadé, Larombière, et Colmet de Santerre, *locc. citt.*, Voy. en sens contraire : Toullier, *loc. cit.*

sonne, par exemple, d'un maître d'école[5] [ou d'un parent[5] *bis*], sauf seulement leur recours contre ce dernier, s'il s'était rendu coupable de quelque négligence ou imprudence de nature à justifier ce recours.

Mais la responsabilité des parents cesse, du moins en général[6], lorsque l'enfant a été placé en condition, en apprentissage, ou dans un établissement d'instruction, comme interne, demi-pensionnaire, ou externe surveillé, et qu'il est ainsi passé, d'une manière plus ou moins permanente, sous la surveillance et l'autorité d'une autre personne[7]. [Tel serait encore le cas, si l'enfant mineur était placé dans un établissement d'aliénés[7] *bis*.]

[5] Req. rej., 29 décembre 1831, Sir., 33, 1, 665. Voy. cep. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, n° 17.

[5 *bis*. Dijon, 19 février 1875, Sir., 75, 2, 81.]

[6] Nous disons *du moins en général*, car il pourrait en être autrement suivant les circonstances, par exemple, si le dommage avait été causé peu de temps après l'entrée de l'enfant chez le maître ou dans l'établissement d'instruction, et que le fait dommageable pût être attribué à la mauvaise éducation qu'il aurait reçue dans la maison paternelle. Toullier, XI, 263. Aix, 11 juin 1859, Sir., 60, 2, 193. [Cpr. Dijon, 19 février 1875, Sir., 1875, 2, 81, cité à la note 5 *bis supra*. Montpellier, 31 octobre 1908, Sir., 08, 2, 296.] Cpr. décret du 15 novembre 1811, sur le régime de l'université, art. 79.

[7] Delvincourt, III, p. 454. Duranton, XIII, 718. Sourdat, II, 817 et 818. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, n° 2. Metz, 13 novembre 1833, Sir., 36, 2, 224. Bordeaux, 9 février 1839, Sir., 39, 2, 199. Agen, 23 janvier 1869, Sir., 69, 2, 253. [Besançon, 30 juillet 1884, Sir., 85, 2, 44. Montpellier, 12 février 1887, Sir., 88, 2, 167. Nancy, 26 mai 1888, sous Cass., Sir., 91, 1, 49. Douai, 14 février 1894, Sir., 94, 2, 161. Pau, 2 juillet 1898, Sir., 99, 2, 137, note Perreau. Alger, 1er déc. 1902, Sir., 04, 2, 12. Toulouse, 4 juin 1903, Sir., 06, 2, 13. Montpellier, 31 octobre 1908, Sir., 08, 2, 296. Il a été soutenu, bien à tort, selon nous, que, dans l'hypothèse du délit civil commis par l'enfant mineur placé comme interne dans un pensionnat, la responsabilité du père ayant disparu à raison du transfert à l'administration de ce pensionnat, de la surveillance et de l'autorité paternelle sur cet enfant, le seul fait du silence gardé sur l'accident, vis-à-vis de son père, par l'enfant, revenu près de lui en vacances peu de temps après l'accident, serait, à lui seul, constitutif d'une faute nouvelle et distincte de l'enfant, de nature à faire jouer de nouveau, à la charge du père, la responsabilité de l'art. 1384. La cour de cassation a repoussé cette extension, au moins subtile, de ladite responsabilité. Cass., 13 janvier 1890, Sir., 91, 1, 49. Cpr. texte et note 11 *bis infra*.]

[7 *bis*. Agen, 16 mars 1872, Sir., 73, 2, 113. Cpr. note 27 *ter infrà*.]

Il en serait de même, à plus forte raison, si l'enfant était entré au service militaire, même comme engagé volontaire[8].

En cas de séparation de corps [ou de divorce], la responsabilité pèse sur celui des époux auquel a été confiée la garde de l'enfant qui a commis le fait dommageable[9].

Les père et mère d'un enfant naturel reconnu, sont à cet égard soumis aux mêmes obligations que les parents légitimes[10].

Le tuteur y est également soumis, en ce qui concerne les actes du pupille[11].

Les parents et le tuteur, actionnés en responsabilité, sont admis, pour se soustraire à la condamnation provoquée contre eux, à prouver qu'ils ont été dans l'im-

[8] Duvergier, sur Toullier, XI, 259. Sourdat, II, 621. Cpr. cep. Colmar, 30 août 1863, Sir., 63, 2, 136.

[9] Vazeilles, *Du mariage*, II, 427. Marcadé, *loc. cit.* Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, n° 3. Zachariæ, § 447, texte et note 2.

[10] Duranton, XIII, 717. Marcadé et Larombière, *locc. citt.* Zachariæ, § 447, note 2, *in fine*.

[11] C'est ce qu'enseigne Pothier (*Des obligations*, I, 121) ; et nous n'hésitons pas à adopter son opinion, quoique le Code ne l'ait pas expressément consacrée, et que les dispositions de l'art. 1384 ne doivent point, en général, être étendues par voie d'analogie. Le tuteur jouit sur la personne du mineur d'une autorité à peu près semblable à celle des parents. Cpr. art. 450 et 468. On doit, par conséquent, le leur assimiler, en ce qui concerne la responsabilité des actes du pupille, sauf à accueillir avec plus de facilité l'excuse qu'il voudrait tirer de la circonstance qu'il n'a pu les empêcher. En tous cas, il serait impossible de ne pas placer le tuteur sur la même ligne que les instituteurs. Voy. également dans ce sens : l'art. 79 du décret du 15 novembre 1811 sur le régime de l'université ; et l'art. 28 de la loi du 3 mai 1844 sur la police de la chasse. Duranton, XIII, 719. Marcadé, *loc. cit.* Larombière, *op. cit.*, art. 1384, n° 6. Zachariæ, §, 447, note 7. Cpr. Colmar, 14 juin 1830, Sir., 30, 2, 334. Voy. en sens contraire : Colmet de Santerre, V, 365 *bis*, IV. [Voy. en particulier, pour l'application de la règle du texte au service départemental des enfants assistés : Civ. cass., 6 déc. 1899, Sir., 1901, 1, 97, note Ferron. La Chambre civile considère le service des enfants assistés comme un service *départemental*, ce qui aurait aujourd'hui de graves conséquences quant à la détermination de la compétence juridictionnelle (voy. texte et note 18 *undecies infra*). Mais voy., sur cette qualification dudit service, les critiques de M. Ferron.]

possibilité [11 *bis*] d'empêcher le fait en raison duquel ils ont été recherchés [11 *ter*]. Art. 1384, al. 5. Mais cette impossibilité ne résulte pas de la seule circonstance que l'acte dommageable a eu lieu hors de leur présence [11 *quater*]. Ils n'en restent pas moins responsables, malgré cette circonstance, s'il paraît qu'ils n'ont pas exercé une surveillance assez active sur l'enfant, ou qu'ils ne se sont pas attachés avec assez de soin à réprimer ses mauvais penchants [12]. Au surplus, les parents et le tuteur ne peuvent, par aucun moyen, décliner la responsabilité d'un dommage qui ne serait pas arrivé sans une faute ou une négligence de leur part. D'un autre côté, lorsqu'ils ont autorisé le fait à l'occasion duquel le dommage a été causé, ils en sont responsables, bien que ce fait fût en soi irréprochensible, et qu'il n'y ait pas eu de leur part imprudence à l'autoriser [13].

2° Les maîtres et commettants sont responsables, [vis à vis des tiers [13] *bis*, et solidairement s'il y a

[11 *bis*. De quelle impossibilité s'agit-il ici au juste? Matérielle ou simplement morale? Le texte, à la note 13 *infrà*, paraît exclure cette seconde interprétation. D'autre part, le texte, à la note 12 *infrà*, paraît ne pas exiger l'impossibilité matérielle. La chambre des Requêtes, 10 juin 1896, Sir., 1900, 1, 518, paraît bien avoir sanctionné le principe que l'impossibilité morale suffit.]

[11 *ter*. Voy. comme conséquence de cette règle une prétention curieuse, et d'ailleurs inadmissible, des parents, dans un jugement de la justice de paix d'Amiens, 24 mai 1877, Sir., 78, 2, 90.]

[11 *quater*. Cpr. Lyon, 16 janvier 1894, Sir., 94, 2, 176.]

12 Toullier, XI, 264. Duranton, XIII, II, 718. Marcadé, sur l'art. 1384, n° 2. Sourdat, II 834. Larombière *op. cit.*, V, art. 1384, n° 24. Zachariæ, § 447, texte et note 6. Bourges, 9 mars 1821, Sir., 22, 2, 238. Crim. rej., 29 mars 1827, Sir., 28, 1, 373. Bordeaux, 1er avril 1829, Sir., 29, 2, 259. Lyon, 30 mars 1854, Sir., 54, 2, 331. Nîmes, 13 mars 1855, Sir., 55, 2, 384. Aix, 11 juin 1859, Sir., 60, 2, 193. [Bordeaux, 23 janvier 1905, Sir., 05, 2, 188.] Cpr. Toulouse, 7 décembre 1832, Sir., 33, 2, 620; Agen, 21 février 1866, Sir., 66, 2, 277. [Nancy, 8 août 1874, Sir., 74, 2, 301. Douai, 7 nov. 1893, Sir., 94, 2, 161.]

13 Caen, 2 juin 1840, Sir., 40, 2, 538. [Cpr. cep. Nancy, 8 août 1874, Sir., 74, 2, 301.]

[13 *bis*. J'indique, par cette addition au texte, que la responsabilité des maîtres et commettants à raison des faits de leurs domestiques et préposés, dommageables pour les tiers, ne doit pas être confondue avec

lieu [13 *ter*], du dommage causé [même indirectement [13 *quater*]] par leurs domestiques et préposés, dans les fonc-

la responsabilité toute différente du débiteur d'une obligation conventionnelle, dont l'inexécution provient du fait d'une personne dont ce débiteur répond. MM. Aubry et Rau ont touché à cette dernière question au § 308, note 33 (voy. aussi § 413, note 14), et il a suffi qu'ils l'y aient incidemment rapprochée de la première, pour que l'on se soit cru autorisé à leur prêter la thèse, évidemment erronée, de la confusion des deux sortes de responsabilité du fait d'autrui. Voy. Em. Becqué, *Responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle*, dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1914, p. 251 et suiv. — Cependant, les termes réservés du rapprochement qu'on leur reproche tranchaient assez sur la précision habituelle de leur langage pour qu'il y eût lieu d'en inférer que ce rapprochement des deux types de responsabilité du fait d'autrui était resté, dans leur pensée, tout à fait distinct d'une assimilation proprement dite. D'autre part, les exemples qu'ils donnent (§ 308, note 33) des personnes du fait desquelles le débiteur de l'obligation conventionnelle répond, ne correspondent pas à la définition du préposé au sens de l'art. 1384. Cpr. texte et note 15 *bis infra*. Enfin, la formule limitée dont ils se servent, texte et note 19 *infra*, pour étendre la responsabilité de l'art. 1384, des tiers pour lesquels elle est faite, aux ouvriers ou préposés auxquels un domestique ou un autre préposé du commettant causerait un dommage, exclut implicitement toute extension plus large de cette même responsabilité aux créanciers quelconques d'une obligation conventionnelle. — Nous n'avons pas à rechercher ici comment se détermine, en général, la responsabilité du débiteur d'une obligation conventionnelle, quand l'inexécution de cette obligation résulte du fait d'une personne dont ce débiteur répond : nous renvoyons sur ce point à l'intéressante monographie de M. Becqué, qui paraît, dans une large mesure, inspirée par la critique d'un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 31 déc. 1900, Sir., 01, 1, 404, relatif à la question de l'exonération conventionnelle de la responsabilité du fait d'autrui dans l'inexécution des obligations conventionnelles. De pénétrantes analyses de législation comparée servent d'illustration, plus que d'appui, à la thèse de l'auteur, qui se défend assez sur le terrain des principes du droit civil français. Il n'est que juste d'ajouter que la jurisprudence française ne fait pas toujours très correctement la distinction des deux sortes de responsabilité du fait d'autrui. Voy. not. Lyon, 21 janvier 1887, Sir., 87, 2, 104 : Req., 22 juillet 1891, Sir.,92, 1, 569: Paris, 16 juin 1895, Sir., 96, 2, 208 : Paris, 8 février 1896, Sir., 99, 2, 215. Tous ces arrêts sont relatifs à la situation des concierges, dont le propriétaire répond, quant aux faits dommageables par eux commis envers les tiers, sur le fondement de l'art. 1384, et quant aux faits dommageables par eux commis envers les locataires, sur le fondement du contrat de bail. E. B.]

[13 *ter*. Paris, 19 mai 1874, Sir., 76, 2, 271.]

[13 *quater*. Douai, 31 déc. 1900, Sir., 03, 2, 286 (accident causé à un

tions auxquelles il les ont employés, bien que ces derniers aient agi de leur propre mouvement, sans ordre ni instructions de leurs maîtres ou commettants [14], [à moins toutefois, dans ce dernier cas, que la victime de l'accident qui s'est produit par le fait du domestique ou préposé ait su que celui-ci agissait ainsi à l'insu de son maître et abusait de ses fonctions [14 *bis*]. Art. 1384, al. 3 [15].

[Pour que la qualité de commettant à préposé soit établie entre deux personnes, il faut, et il suffit, que la première ait qualité pour donner à la seconde des ordres et pour en surveiller l'exécution [15 *bis*], sans que la seconde

tiers par un individu qui s'est emparé de l'automobile abandonnée momentanément sur la voie publique sans surveillance efficace par le conducteur, préposé du propriétaire de l'automobile, considéré comme ressable de l'accident). Cpr. § 445, texte et note 3 : § 448, texte et note 1 *quater*.]

[14] Toullier, XI, 284. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, nº 8. Civ. cass., 20 avril 1813, Sir., 13, 1, 350. Req. rej., 13 décembre 1826, Sir., 27, 1, 232. Crim. cass., 3 décembre 1846, Sir., 47, 1, 302. Req. rej., 5 novembre 1855, Sir., 57, 1, 375. [Montpellier, 17 janvier 1898, Sir., 98, 2, 230. Cpr. cep. Req., 30 juin 1896, Sir., 1900, 1, 518, cité note 11 *bis supra*.]

[14 *bis*. Crim. cass., 12 déc. 1903, Sir., 06, 1, 150. Cette solution pourrait se rattacher, semble-t-il, à l'idée que la victime de l'accident est elle-même en faute. Cpr. § 446, texte et note 5. L'arrêt ne le dit pas.]

[15] Cpr. sur la responsabilité des maîtres de poste : arrêté du 1er prairial an VII, art. 6.

[15 *bis*. « La qualité de préposé ne résulte pas seulement du choix fait par le commettant : elle implique, en outre, que ce dernier a le droit de donner à celui qu'il a choisi des ordres ou instructions sur la manière de remplir les fonctions qu'il lui a confiées... l'autorité et la subordination sont corrélatives. » Cette formule, très générale et très précise, se trouve dans les considérants d'un arrêt de la Chambre criminelle de la cour de Cassation, du 30 octobre 1902, Sir., 02, 1, 544. Voy. comme application, dans les situations les plus différentes : Civ. rej., 28 juillet 1886, Sir., 90, 1, 526 (employé d'une société financière). Paris, 14 juin 1883, Sir., 84, 2, 147 (jockey). Req., 23 juin 1903, Sir., 04, 1, 487 (cocher de fiacre). Toulouse, 3 mars 1883, Sir., 84, 2, 161 (bûcheron). Crim. rej., 21 juillet 1898, Sir., 00, 1, 56 (tâcheron). Le mode de rémunération importe peu (Toulouse, 3 mars 1883, précité), même s'il suppose une part d'initiative personnelle dans l'*exécution* du travail (Req., 23 juin 1903, précité, travail du cocher de fiacre à la moyenne : cpr. art. 1797, et § 374, note 52 *bis*. — Il y a plus : le préposé le reste de la personne qui a qualité pour exercer sur lui le contrôle et la surveillance, dans l'ordre des faits auquel

ait pu opposer à la première, pour juger des ordres par elle reçus, et se refuser, au besoin, à les exécuter, des raisons de caractère professionnel et technique[15] *ter*.

se rattache le fait dommageable, alors même que sous d'autres points de vue et pour d'autres fonctions, même connexes à celles dont il vient d'être question, le préposé serait sous l'autorité d'un tiers. Paris, 14 juin 1883, précité. — En sens inverse, tout rapport de droit qui exclut, pour le prétendu commettant, le pouvoir de donner des ordres et d'en surveiller l'exécution, exclut, par là même, entre les personnes qu'il réunit, la qualité de commettant et de préposé. Tel est le cas du métayer : Bourges, 7 déc. 1885, Sir., 86, 2, 107, sauf exception en cas de changement momentané dans la situation des parties : Bordeaux, 10 mars 1874, Sir., 74, 2, 252 (cpr. la note 15 *quater infra*). Voy. une autre application de la même idée dans l'arrêt de cassation de la chambre civile, du 25 octobre 1886, Sir., 87, 1, 457 (l'instituteur communal adjoint, choisi par sa congrégation, sous le régime antérieur à la loi du 30 octobre 1886, n'est pas le préposé du supérieur de sa congrégation). — Peut-être pourrait-on argumenter, en sens contraire de la formule développée dans la présente note, d'un arrêt de cassation (Civ. cass., 14 nov. 1888, Sir., 91, 1, 459), intervenu sur une hypothèse où il semble, à première vue, que l'initiative personnelle de l'associé soit de nature à mettre en jeu la responsabilité de la société, comme si elle était le commettant de l'associé qui a agi dans l'intérêt social : mais cet arrêt, qui ne vise ni textuellement ni implicitement l'art. 1384, s'explique par un rapprochement avec la proposition formulée § 383 texte et note 5. — Je n'insisterais pas davantage sur le premier élément de la définition du préposé, auquel est consacrée la présente note, si je ne devais signaler, en terminant, les arrêts qui appliquent la doctrine que je viens de formuler à des hypothèses où l'on n'admet aujourd'hui, ni l'application de l'art. 1384, ni la compétence de l'autorité judiciaire : Req. 24 déc. 1879, Sir., 80, 1, 353. Req., 9 août 1882, Sir., 83, 1, 22. Civ. rej., 16 juin 1884, Sir., 87, 1, 475. (Voy. texte et notes 18 *bis* et suiv. *infra*).]

[15 *ter*. Cette réserve, dont je donne ci-dessous quelques exemples, me paraît commandée par le premier élément de la définition du préposé, tel qu'il ressort de la jurisprudence analysée à la note précédente. Le préposé n'est qu'un agent d'exécution ; il en résulte que sa part d'initiative personnelle dans la *conception* des actes relatifs à l'exercice de ses fonctions est nulle : il est l'œil et le bras au service de l'intelligence et de la volonté d'autrui. Lors donc que les fonctions du prétendu préposé sont telles qu'elles impliquent chez lui la nécessité de connaissances personnelles, c'est-à-dire de connaissances d'ordre professionnel et technique, incommunicables au prétendu commettant, le pouvoir de commander, de contrôler et de surveiller disparaît, et avec lui, la qualité même de commettant et celle de préposé. C'est ce qui explique qu'à l'époque, encore voisine de nous, où la jurisprudence des tribunaux de l'ordre judiciaire admettait l'application de l'art. 1384 à la responsa-

Il importerait peu que la seconde tînt d'une troisième les fonctions à raison desquelles elle était tenue d'obéir aux ordres de la première[15] *quater*. Il importe aussi peu

bilité de l'État, du département et de la commune (voy. sur ce point texte et notes 18 *bis* et suiv. *infra*), il ne pouvait être question de considérer les médecins et chirurgiens des hôpitaux comme des préposés de l'assistance publique ou des hospices. Bordeaux, 31 juillet 1878, Sir., 79, 2, 15. Seine, 6 juillet 1906, Sir., 07, 2, 22. Même doctrine et même raisonnement, dans un ordre d'idées bien différent, pour le commandant des pompiers d'une ville, qui n'est pas le préposé de la ville, aux termes mêmes du décret du 10 nov. 1903, art. 26. Bordeaux, 26 mars 1906, Sir., 08, 2, 17. — Il y a lieu, toutefois, de signaler, en sens contraire des propositions formulées dans la présente note, un arrêt de la Chambre des requêtes, du 3 nov. 1885, Sir., 86, 1, 249, qui considère l'architecte municipal comme un préposé de la ville.]

[15 *quater*. De tous les éléments de la définition des rapports de commettant à préposé, celui-ci est le plus délicat dans l'application. En mettant à part les cas dans lesquels la question visée dans la présente note ne se poserait plus aujourd'hui, l'art. 1384 et la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire ne s'appliquant plus aux agents de l'État, du département et de la commune (Aix, 24 février 1880, Sir., 80, 2, 309, et sur pourvoi, Req., 16 mars 1881, Sir., 81, 1, 260, visant le cas d'un agent de la police municipale nommé par l'État, mais placé sous l'autorité du maire qui peut le suspendre de ses fonctions: cpr. Conseil d'État, 22 nov. 07, Sir., 10, 3, 15, relatif aux ingénieurs des ponts et chaussées de l'État coopérant aux travaux entrepris pour le compte d'une association syndicale), on rencontre encore dans la pratique des hypothèses nombreuses où la question se pose invariablement de savoir comment et sous quelles conditions de fond et de preuve se produit la substitution momentanée du pouvoir de contrôle et de surveillance d'une personne sur le préposé d'une autre, au pouvoir de contrôle et de surveillance qui appartenait auparavant et qui reviendra ultérieurement à cette dernière. La solution est relativement aisée lorsque cette substitution se produit en conséquence du contrat intervenu entre le commettant d'habitude, si je puis dire, et le commettant d'occasion, celui-là mettant son préposé à la disposition de celui-ci : le contrat prévoyant expressément ou supposant implicitement, par la nature des obligations qu'il impose au commettant d'habitude, cette substitution. Voy. Civ. cass., 5 janvier 1891, Sir., 92, 1, 247 et Civ. rej. (mêmes parties), 28 février 1894, Sir., 94, 1, 271. Crim. rej., 26 janvier 1901, Sir., 03, 1, 104. Crim. rej., 3 avril 1903, Sir., 09, 1, 423. Mais la question est bien plus délicate lorsque cette substitution se produit en fait, par la soumission volontaire du préposé du commettant d'habitude aux injonctions du commettant d'occasion (Paris, 13 nov. 1906, Sir., 09, 2, 276, et Aix, 17 mai 1900, *ad notam*, pour les facteurs que la Compagnie de chemins de fer met à la disposition du public dans les gares du réseau), ou par l'acceptation de la collaboration des proposés

que le préposé fasse pour le compte du commettant des actes juridiques, ou accomplisse pour lui des faits matériels [15] *quinquies*. D'ailleurs, aucune réserve conventionnelle d'irresponsabilité, ajoutée par le commettant au contrat intervenu entre lui et son préposé, ne serait de nature à faire disparaître, vis-à-vis des tiers, sa qualité de commettant et la responsabilité qui s'y attache [15] *sexies*.]

d'habitude du commettant d'occasion (Req. 1er juin 1874, Sir., 74, 1, 484) La question est plus délicate encore dans le cas où celui que nous appelons le commettant d'habitude est l'État lui-même, représenté par ses agents, dans l'espèce par l'autorité militaire (Req., 6 août 1907, Sir., 08, 1, 231, visant la responsabilité d'une société de tir, commettant d'occasion, à raison des accidents de tir provenant du fait du gradé mis à sa disposition par l'autorité militaire, en dehors de tout service commandé). — Enfin, il y a des cas où les deux qualités de préposé du commettant d'habitude et de préposé du commettant d'occasion se cumulent et subsistent côte à côte. Voy. Rouen, 1er mars 1893, Sir., 93, 2, 215 (le garde particulier du propriétaire reste son préposé, même au cours d'une battue organisée administrativement, sous la directoin du lieutenant de louveterie). Cpr. pour un autre exemple : Douai, 13 janvier 1880, Sir., 80, 2, 170. — Dans toutes ces situations de fait, infiniment complexes, on retiendra avant tout la formule de l'arrêt de la chambre des requêtes du 16 mars 1881, précité : « La responsabilité se déplace, et n'incombe qu'à celui des commettants dont le préposé exerçait la délégation lorsque s'est produit le dommage. »]

[15 *quinquies*. C'est la grande différence qu'il y a lieu de relever entre le préposé et le mandataire. Voy. § 410, note 2 *bis*. On ajoutera aux exemples divers qui sont indiqués dans les trois précédentes notes et dans la note suivante, ceux que fournissent les arrêts suivants : Montpellier, 17 janvier 1898, Sir., 98, 2, 230 (commis-voyageur). Crim. cass. 13 juillet 1876, Sir., 76, 1, 439, et Dijon, 22 nov. 1876 (mêmes parties), Sir., 77, 2, 106 (voiturier pour l'entrepreneur de roulage). Crim. rej., 30 juin 1870, Sir., 71, 1, 251 (traqueur à la chasse). Angers, 27 mars 1878, Sir., 80, 2, 302 (artificier). Cass., 30 déc. 1884, Sir., 86, 1, 166 (remorqueur préposé de la chambre de commerce d'un port). Paris, 13 août 1886, Sir., 86, 2, 208 (conducteur de tramway). Cass., 12 juin 1888, Sir., 89, 1, 124 (garde-barrière). Amiens, 13 juillet 1895, Sir., 97, 2, 67 (garde particulier). Paris, 3 avril 1901, Sir., 02, 2, 101 (commissaires de courses).]

[15 *sexies*. Il semble que cette proposition constitue moins un élément de la définition du préposé qu'une règle relative au caractère de la responsabilité qui incombe au commettant, comme tel. Cpr. texte et note 38 *quinquies infra*. — Je crois cependant qu'elle touche à la définition même des rapports de préposé à commettant, voici pourquoi : ces rapports, et notamment la nature des fonctions du préposé, génératrice ou

[Dans l'ordre des conflits de lois, la qualité de préposé et celle de commettant, ainsi que les conséquences qui

exclusive de la responsabilité du commettant, résultent de la convention intervenue entre le préposé et le commettant, et il semble dès lors contradictoire de refuser au commettant le droit de s'exonérer d'une responsabilité qu'il a seul qualité pour faire naître lui-même. Voy. comme exemple de cette difficulté l'hypothèse analysée à la note 38 *quinquies infra*. Quoi qu'il en soit de la solution qu'elle comporte, il y a au moins deux hypothèses dans lesquelles la contradiction qu'on vient de signaler disparaît. 1° Les fonctions de préposé, génératrices de la responsabilité du commettant, ne résultent pas seulement de la convention intervenue entre le préposé et le commettant : elles ne résultent pas moins du caractère que la pratique prolongée de cette convention assigne en fait, au rôle du préposé. Il peut se faire que le préposé ne le soit, aux termes de la convention, que pour certaines fonctions et qu'il ait, en fait, avec l'assentiment du commettant, agrandi son rôle et modifié ses fonctions (Civ. rej., 21 déc. 1898, Sir., 02, 1, 67, et surtout Crim. rej., 24 nov. 1899, Sir., 02, 1, 296). Dans des hypothèses de ce genre, l'origine des fonctions du préposé génératrices de la responsabilité du commettant, ne résulte plus exclusivement de la volonté de celui-ci, et l'on conçoit dès lors que sa volonté reste impuissante à l'exonérer d'une responsabilité qu'elle ne fait pas naître. La contradiction, hypothétiquement signalée plus haut, disparaît. 2° Lorsque les fonctions du préposé sont limitées par la convention d'où résultent sa qualité de préposé et la responsabilité du commettant, il va de soi que cette limitation n'a de valeur que si elle est de nature à être connue du public, et assez apparente pour qu'il soit, par là même, mis en garde contre l'extension que le préposé donnerait à son rôle, contrairement à la convention. Civ. rej., 19 janvier 1901, Sir., 05, 1, 55. Cpr. comme analogie Req., 7 août 1906, Sir., 07, 1, 88. Lors donc que la limitation conventionnelle des fonctions génératrices de la responsabilité du commettant est de nature à rester, en fait, inconnue du public, la limitation conventionnelle de responsabilité qui en résulte théoriquement reste elle-même inopérante. — Si maintenant nous reprenons, en dehors des deux hypothèses que nous venons d'éliminer, la question de principe résolue au texte, la solution que nous lui donnons nous paraît, au point où nous en sommes, facile à justifier. C'est de la seule volonté du commettant, sans doute, que dépend la détermination des fonctions du préposé, et par conséquent la naissance de la responsabilité du commettant. Mais cela ne veut dire qu'une chose, c'est qu'il n'appartient qu'au commettant de faire naître la responsabilité, parce qu'il n'appartient qu'à lui d'en faire naître les conditions. Cela fait, ses pouvoirs, si l'on peut ainsi parler, disparaissent ; la loi intervient alors, pour attacher impérativement, dans l'intérêt de la sécurité de tous, à la convention qu'il a faite et aux fonctions dont il a déterminé l'étendue, la responsabilité qu'elle juge devoir les accompagner. C'est un acte conventionnel qui fait naître une responsabilité légale. Nous rejoignons ainsi, par l'ana-

ci résultent quant à la responsabilité de celui-ci, dépendent de la loi du lieu où s'est produit le quasi-délit [15 *septies.*]

lyse, l'esprit de la jurisprudence analysée plus haut (Civ. rej., 19 janvier 1901, précité). Voy. pour les conséquences de cette analyse en droit international privé, la fin de la note 15 *septies infra*.]

[15 *septies.* Cette double question ne paraît s'être présentée jusqu'à présent, dans la jurisprudence française (voy. cep. Crim. rej., 19 janvier 1901, Sir., 05, 1, 55), que sous la forme assez particulière de l'abordage dans les eaux françaises (mer territoriale) d'un navire français ou étranger par un navire de haute mer étranger (anglais), abordage dû à une faute du capitaine de ce dernier. Civ. cass., 18 juillet 1895, Sir., 95, 1, 305 (note critique Lyon-Caen), Caen (mêmes parties), 23 juin 1897, Sir., 98, 2, 44. (Voy. toutefois, pour une hypothèse un peu différente, mais toujours dans les eaux françaises : Req., 24 nov. 1897, Sir., 98, 1, 311). Et l'on aperçoit tout de suite qu'on pourrait, tout en acceptant, pour la responsabilité des commettants à raison des faits quelconques de leurs préposés, la proposition générale formulée au texte, faire une réserve pour le cas particulier qui nous sert ici d'exemple, et appliquer, sinon peut-être à la définition de la qualité de commettant et de préposé, tout au moins à la responsabilité qui en découle éventuellement, la loi du pavillon, bref, dans notre espèce, la loi anglaise aux lieu et place de la loi française : c'est précisément la doctrine que défend M. Lyon-Caen dans la note précitée. — Négligeant pour l'instant la difficulté particulière que soulève ici la qualité de navire de haute mer du navire abordeur et l'intervention possible de la loi du pavillon, nous nous attacherons d'abord à justifier, pour les délits et quasi-délits civils autres que l'abordage maritime, la proposition générale formulée au texte. Il ne paraît guère contestable que la loi du lieu où le fait dommageable s'est produit, ait qualité, *parle in qua*, pour en connaître. Nous considérons cette proposition comme établie. Voy. § 413, texte et notes 11 et suiv. Toute la question revient donc à se demander, à propos de cette sorte particulière de responsabilité qu'est la responsabilité du fait d'autrui, si, et dans quelle mesure, la loi locale peut accepter de concourir avec une loi étrangère, qui ne pourrait être ici que la loi applicable au contrat d'où résulte, pour l'auteur du fait dommageable, la qualité de préposé, et pour son commettant, celle de commettant. Et il semble que la question ainsi posée soit bien près d'être résolue. Nous avons déjà montré, par l'analyse des difficultés que soulève la notion de préposé (voy. texte et note 15 *sexies supra*), que l'origine conventionnelle des fonctions de préposé reste sans influence sur la mesure de la responsabilité du commettant, qui pourrait cependant, semble-t-il, en faire sortir une faculté d'exonération que nous ne lui avons pas reconnue. La vérité est que, dans le système de la responsabilité du fait d'autrui, on part du fait dommageable pour remonter du préposé au commettant : cette responsabilité n'a pas son principe dans le contrat qui les lie l'un à l'autre, mais bien

[Nous admettions, dans nos précédentes éditions,[15] *oc-ties* que] l'État, représenté par les divers ministères et

dans le fait dommageable lui-même, ou plutôt dans l'obligation légale dont ce fait dommageable n'a été que la violation. A cette analyse de la responsabilité du fait d'autrui dans le droit civil interne, correspond nécessairement la solution appropriée dans l'ordre du conflit des lois. La loi applicable au contrat, celle qui détermine l'étendue des obligations des parties, et les conséquences, au moins immédiates, de ces obligations, n'a rien à faire ici. Cette loi est une loi présomptivement ou positivement acceptée par les parties, dont elle traduit la volonté : or, la responsabilité du fait d'autrui ne repose pas sur la volonté des parties. Dans cet ordre d'idées, la loi locale reste donc souveraine, et cette démonstration nous paraît suffire, non seulement pour la question de la définition des rapports de préposé à commettant, mais aussi pour celle des conséquences et de l'étendue de la responsabilité de celui-ci à raison des actes de celui-là. — Il est à peine besoin d'ajouter que nous raisonnerions tout autrement pour la responsabilité du fait d'autrui qui pèse sur le débiteur d'une obligation conventionnelle (voy. §. 308, note 33, et surtout texte et note 13 *bis supra*). La loi du lieu de perpétration du fait dommageable ne pourrait intervenir ici qu'autant que ce fait pourrait être considéré comme rentrant dans les *suites* des obligations du débiteur, par opposition aux *effets* immédiats desdites obligations, qui restent, suivant une distinction classique sur laquelle nous n'avons pas à nous prononcer ici (cpr. § 31, texte et note 67) sous l'empire de la loi du contrat, expression de la volonté des parties. — Revenant maintenant à la difficulté spéciale qui m'a fourni l'exemple visé au début de la présente note, mais ne pouvant, à raison du caractère du présent ouvrage, en reprendre la discussion, je me bornerai à dire que les raisons que j'ai données de l'exclusion de la loi du contrat, en matière de responsabilité du fait d'autrui en général, ne me paraissent pas commander avec moins de force en matière d'abordage maritime, l'exclusion de la loi du pavillon : réserve faite, d'ailleurs, du fait nouveau, postérieur à la jurisprudence de 1895, de la convention de Bruxelles (1910) qui établit une législation internationale de l'abordage maritime, ce qui n'a pas fait complètement disparaître les questions de conflits de lois en matière d'abordage maritime, mais en a cependant beaucoup réduit le nombre. Cpr. G. Ripert, *Droit maritime*, II, n° 1911 et suiv. — Il est d'ailleurs à peine besoin d'ajouter que si, dans tout le cours de la présente note, nous avons pu faire intervenir la loi locale, la loi du lieu de perpétration du fait dommageable, — le fait dommageable s'étant toujours produit, par hypothèse, en un point de l'espace dépendant d'une souveraineté territoriale déterminée, la question serait tout autre, en supposant un fait dommageable — je ne dis pas seulement un abordage — qui se produirait en haute mer. Cpr. Poitiers, 19 déc. 1898, sous Cass., 23 mars 1900, Sir., 01, 1, 405.]

[15 *oc-ties*. Je conserve, dans leur texte original, les notes 16, 17 et 18 de la quatrième édition, pour marquer l'état de la doctrine civiliste à

administrations ou régies publiques, est, comme tout commettant, responsable des dommages causés par ses employés, agents, ou serviteurs, dans l'exercice de leurs fonctions ou de leur service[16].

[Nous admettions pareillement qu'il] en est de même des départements[17] et des communes. C'est ainsi, notamment, qu'une commune [était] responsable, [dans cette doctrine], des actes faits par son maire, [ou même des négligences graves qui pouvaient lui être reprochées[17 bis]] en qualité d'administrateur ou de mandataire de la commune, peu importe qu'il [eût] agi avec ou sans l'autorisation du conseil municipal[18].

sa date (18/1), par opposition à la doctrine nouvelle qui est développée texte et notes 18 *bis* et suiv. *infrà*. E. B.]

[16] Ce principe est constant. Il a même été consacré par des dispositions législatives spéciales. Loi des 6-22 août 1791, sur les douanes, tit. XIII, art. 19. Loi du 15 juillet 1845, sur la police des chemins de fer, art. 22, al. 2. Req. rej., 27 juin 1832, Sir., 32, 1, 638. Paris, 25 janvier 1833, Sir., 33, 2, 410. Req. rej., 30 janvier 1833, Sir., 33, 1, 90. Paris, 3 mars 1834, Sir., 34, 2, 85. Décret en Conseil d'État du 28 août 1857, Sir., 58, 2, 652. Décret en Conseil d'État du 14 août 1862, Sir., 62, 2, 570. Décret en Conseil d'État du 30 mars 1867, Sir., 68, 2, 138. [Crim. rej., 15 juin 1872, Sir., 73, 1, 45.] Voy. spécialement en ce qui concerne la responsabilité de l'administration des postes : Civ. rej., 1er mars 1845, Sir., 45, 1, 363. Colmar, 25 janvier 1848, Sir., 48, 2, 345 ; Req. rej., 22 novembre 1848, Sir., 48, 1, 700; Crim., cass., 12 janvier 1849, Sir., 49, 1, 43; Paris, 6 août 1850, Sir., 2, 404; Req. rej., 12 mai 1851, Sir., 51, 1, 349. Mais la question de compétence a soulevé de sérieuses difficultés. D'après la jurisprudence du Conseil d'État, ce serait à l'autorité administrative seule qu'il appartiendrait, en l'absence de toute loi contraire, de connaître des actions qui tendent à constituer l'État débiteur. Voy. décrets en Conseil d'État des 8 août 1844, Sir., 45, 2, 58 ; 9 décembre 1845, Sir., 46, 2, 156; 9 février 1847, Sir., 47, 2, 378 ; 20 août 1847, Sir., 48, 2, 172 ; 7 juillet 1860, Sir., 61, 2, 315 ; 1er juin 1861, Sir., 61, 2, 519.

[17] Décret en Conseil d'État du 7 mai 1863, Sir., 64, 2, 56.

[17 *bis*. Dijon, 27 mai 1892, et Cass., 16 avril 1894, Sir., 95, 1, 273, note critique de M. Tissier au point de vue civil. Cpr. la note 18 *bis* et les renvois *infra*. Je ne relève ici en particulier cet arrêt, qu'on retrouvera à la dite note *infra*, que parce qu'il témoigne des exagérations auxquelles peut conduire la doctrine de la responsabilité civile des communes, sur le fondement de l'art. 1384.]

[18] Toulouse, 1er juin 1827. Dev. et Car., *Coll. nouv.* VIII, 2, 375. Req. rej., 19 avril 1836, Sir., 37, 1, 163. Toulouse, 8 mai 1863, 63, 2, 231. Mais une commune n'est pas responsable des actes faits par son maire, comme

[Sur tous ces points, la doctrine et la jurisprudence, tant des juridictions de l'ordre judiciaire que de celles de l'ordre administratif, ont profondément changé. [18] *bis*].

magistrat de police, ou comme délégué de l'autorité centrale. Bordeaux, 18 mai 1841, Sir., 41, 2, 436. Voy. cep. Rouen, 23 mars 1864, Sir., 64, 2, 177.

[[18] *bis*. Bien que l'étude de la responsabilité de l'État, telle qu'on la comprend aujourd'hui, ne rentre pas dans le cadre de cet ouvrage, nous ne pouvons éviter cependant de nous expliquer sur le principe de la différence que la jurisprudence du Tribunal des conflits fait aujourd'hui entre cette responsabilité et la responsabilité des commettants régis par le droit civil. Il y a là un point qui touche à la séparation même du domaine du droit civil et du domaine du droit administratif : l'examen de ce problème considérable appartient, dans son ensemble, au § 47, et il n'y a pas été abordé. — D'autre part, il y a grand intérêt à rapprocher les résultats auxquels la jurisprudence du Conseil d'État est parvenue, en élaborant un système de responsabilité de l'État différent de celui du droit civil, des résultats auxquels l'application de l'art. 1384 nous conduit, sur le terrain du droit civil : une notion plus précise du système de responsabilité du droit civil se dégagera de cette comparaison. — La thèse de l'assimilation de l'État aux commettants ordinaires, que défendaient MM. Aubry et Rau dans leur quatrième édition et qui est aujourd'hui entièrement rejetée, est double : elle porte sur les règles de fond et sur la compétence juridictionnelle. Dans cette doctrine, les art. 1382 et suiv. s'appliquent à l'État comme à une personne quelconque, et les tribunaux de l'ordre judiciaire connaissent des actions dirigées de ce chef contre l'État, comme ils connaissent de toute action du même genre dirigée contre un particulier. Ce sont là deux questions distinctes, d'ailleurs étroitement liées entr'elles, — la solution affirmative qu'on donne de l'une, si elle n'entraîne pas nécessairement la solution affirmative de l'autre, ajoutant beaucoup de force aux raisons qu'on donne de la solution affirmative de l'autre, tout de même que la solution négative de l'une constitue un grave préjugé en faveur de la solution négative de l'autre. La jurisprudence du tribunal des conflits tranche d'abord la question de fond. « La responsabilité de l'État ne peut être régie par les principes du droit civil : elle n'est ni générale, ni absolue : elle a ses règles spéciales, qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État et ceux de l'individu. » Elle en tire ensuite, comme conclusion, l'incompétence de la juridiction civile et la compétence nécessaire de la juridiction administrative. Voy. Trib. des Conflits, 8 février 1873 (deux arrêts), Sir., 73, 2, 153 : 4 juillet 1874, Sir., 74, 2, 328 : 29 mai 1875, Sir., 77, 2, 128 : 31 juillet 1875, Sir., 75, 2, 305 : 18 mars 1876, Sir., 76, 2, 160 : 4 août 1877, Sir., 77, 2, 312 : 20 mai 1882, Sir., 84, 3, 41 : 20 déc. 1884, Sir., 86, 3, 43 : 15 février 1890 Sir., 92, 3, 73 : 10 mai 1890, Sir., 92, 3, 105 : 29 nov. 1890, Sir., 92, 3, 147. La cour de Cassation s'est ralliée à cette jurisprudence, d'abord avec des considérants moins nets : Cass., 19 nov. 1883, Sir., 84, 1, 310. Cass., 17

[La responsabilité de l'État n'existe aujourd'hui que si la personne lésée l'a été par une faute de service [18] *ter*. Cette faute de service ne suppose pas nécessai-

mars 1884, Sir., 84, 1, 224. Cass., 26 août 1884, Sir., 85, 1, 128. Cass., 27 octobre 1897, Sir., 98, 1, 144. Cpr. dans le même sens Alger, 12 février 1877, Sir., 77, 2, 163 : Riom, 12 janvier 1880, Sir., 81, 2, 20. La formule du tribunal des conflits passe enfin dans les considérants des arrêts de la chambre civile de la cour de cassation 26 déc. 1899, Sir., 00, 1, 504, et 3 juillet 1905, Sir., 06, 1, 41. Mais il est fort remarquable que les textes sur lesquels cette jurisprudence est établie sont des textes du droit intermédiaire qui consacrent le principe de la séparation des pouvoirs, les lois des 16-24 août 1790 et du 16 fructidor an III, c'est-à-dire des textes dont il semble qu'il faille tirer tout d'abord et même seulement la solution de la question de compétence, sauf à conclure ensuite de la solution de la question de compétence à la solution de la question de fond. Telle est, croyons-nous, la marche régulière et logique du raisonnement : compétence des juridictions administratives d'abord, fondée sur le principe de la séparation des pouvoirs : mais cette compétence, il importerait peu de l'établir, si elle ne devait entraîner l'application au fond de règles différentes de celles du droit civil. Ici, la détermination de la juridiction emporte la détermination du fond, parce que la juridiction dont il s'agit ne juge pas comme les autres : c'est le trait essentiel du contentieux administratif, et le principe même de la séparation du domaine du droit administratif et du domaine du droit civil. En toute autre matière, les questions de compétence et les questions de fond restent distinctes. Voy. pour les juridictions de répression par opposition aux juridictions civiles, § 765, texte et notes 8 et suiv., § 445, texte et note 17. Voy. pour les juridictions civiles par opposition à la juridiction commerciale § 763 *bis*, texte et note 6. Voy. enfin, dans l'ordre des conflits de lois, § 443, texte et note 12. — Nous n'ajouterons plus qu'un mot sur les origines et le fondement de cette jurisprudence : on avait proposé, dans une doctrine différente de celle que nous avons exposée, de rattacher la compétence de la juridiction administrative en matière de responsabilité de l'État, aux règles du droit administratif concernant la liquidation des dettes de l'État, que l'autorité administrative peut seule déclarer débiteur. C'est à cette doctrine que font allusion MM. Aubry et Rau à la fin de la note 16 *supra*. Dans l'arrêt célèbre du 8 février 1873, le tribunal des conflits garde le silence sur elle, et le commissaire du gouvernement l'a expressément rejetée. — Voy. sur la responsabilité de l'État, l'ouvrage de M. Teissier, *Responsabilité de la puissance publique*, dans le *Répertoire* de Bequet:]

[[18] *ter*. L'expression technique de *faute de service* s'oppose très nettement à l'expression de *faute dans le service*, avec laquelle on serait, à première vue, tenté de la confondre. Elle suppose uniquement le fonctionnement défectueux du service incriminé, quelle qu'en soit la cause ; elle ne suppose, comme nous le disons à la note suivante, avec quelques références significatives à l'appui, ni la violation des règlements, ni

même la négligence prouvée d'un ou de plusieurs agents de l'administration nommément désignés. A ce point de vue, elle diffère profondément de la faute au sens civil de l'expression. Cpr. § 446, texte et note 2 *ter*. Elle n'en diffère pas moins sous un autre point de vue. La faute personnelle des agents de l'administration, dans l'exécution du service, en est, depuis longtemps, et jusqu'à nouvel ordre, exclue, même si elle se rattache à l'exécution du service. Cpr. la solution toute différente qu'on donne en matière de faute civile, texte et notes 23 *bis* et suiv. *infra*. — Cette notion de la faute de service, dégagée d'abord par M. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. I², p. 648, et conclusions prises devant le tribunal des conflits, 5 mai 18 7, Sir., 78, 2, 93, appliquée aujourd'hui tant aux services départementaux et communaux qu'aux services de l'État (voy. les conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Teissier, devant le tribunal des Conflits, 29 février 1908, Sir., 08, 3, 97), paraît se rattacher, dans la pensée des jurisconsultes qui l'ont construite, en l'opposant à la notion toute différente de la faute civile, au caractère que ces jurisconsultes assignent à la *fonction publique*, dont les agents de l'État, du département et de la commune, sont *investis*, par opposition aux fonctions *d'origine contractuelle* que les commettants *confient* à leurs préposés. Voy. en ce sens la note de M. Hauriou sous Trib. des Conflits, 29 février 1908, Sir., 08, 3, 97. Le cadre de cet ouvrage ne nous permet pas de nous expliquer sur la liaison de ces deux idées, l'origine extracontractuelle de la fonction publique, et la limitation de la responsabilité de l'État, du département et de la commune, à la faute de service, qui en serait la conséquence. Nous nous bornerons à observer ici pour les personnes qui se placent à ce point de vue, que la jurisprudence de la Cour de Cassation que nous analysons à la note 18 *nonies infra*, n'y est pas favorable, puisqu'elle applique le système de la faute civile à une hypothèse où le préposé est considéré par elle-même comme investi d'une fonction publique. — En tous cas, et quoi qu'il en soit de cette explication du système de la faute de service et de la limitation de la responsabilité de l'État, du département et de la commune, aux fautes de service de leurs agents, ce qui est certain, c'est que, dans la pensée des jurisconsultes qui l'ont imaginé et défendu, ce système est complètement étranger non seulement à l'art. 1384 du Code civil, mais à tous les textes du Code civil en matière de responsabilité civile, notamment à celui où le système entier de la responsabilité civile trouve son fondement, l'art. 1382. Lors donc qu'on se sert, devant les juridictions administratives, de cette expression de responsabilité, il est bien entendu qu'elle n'a et ne peut avoir aucun rapport avec l'art. 1382, et, dans ces conditions, l'obligation pour l'État, le département et la commune, de réparer le préjudice causé par le fonctionnement de leurs services publics ne saurait reposer sur l'art. 1382. Elle repose uniquement sur des considérations d'équité, en dehors du droit écrit, et cette conséquence, les jurisconsultes qui ont fait prévaloir tout le système, l'acceptent expressément. Voy. not. la note de M. Hauriou, § 1, sous l'arrêt du Conseil d'État du 13 janvier 1899, Sir., 00, 3, 1. Mais alors, une autre

rement une violation des règlements du service susvisé ou une négligence des agents de l'État[18] *quater*. Mais l'État ne répond ni du dommage résultant des mesures générales ou spéciales de police que prennent les autorités qualifiées à cet effet [18] *quinquies*, ni de la faute

difficulté apparaît. S'il est très facile, en se plaçant sur ce terrain, d'exclure de cette responsabilité, comme on a précisément voulu le faire, la responsabilité des faits personnels des agents de l'État, du département et de la commune, il devient très difficile de limiter cette responsabilité aux faits constitutifs d'une faute dans le service, et d'en exclure la responsabilité des cas fortuits quels qu'ils soient, ce qui va évidemment trop loin. L'un des interprètes de cette jurisprudence, notre savant collègue Hauriou, a cru précisément pouvoir soutenir que cette responsabilité de l'État, du département et de la commune, allait jusqu'à la responsabilité des risques, quels qu'ils fussent, inhérents à la marche des services publics, bref, qu'il y avait là une responsabilité fondée sur l'idée de risque, une responsabilité-risque, analogue à la responsabilité du patron quant aux accidents du travail (loi du 9 avril 1898), par opposition à l'antique responsabilité du droit civil, exclusivement fondée sur l'idée de faute. (Note de M. Hauriou, sous l'arrêt du Conseil d'État du 13 janvier 1899, Sir., 00, 3, 1.) Cette conception certainement un peu simpliste, même au point de vue du droit civil (cpr. § 446, note 10), ne serait séduisante que pour les personnes qui ramènent arbitrairement la responsabilité de la loi du 9 avril 1898 à une responsabilité-risque (voy. not. § 372 *bis*, texte et notes 14 et suiv.) et M. Hauriou lui-même l'a abandonnée dans une note postérieure sous l'arrêt du Conseil d'État du 17 février 1905, Sir., 05, 3, 113. Mais le fait seul qu'elle ait pu être soutenue par un spécialiste aussi éminent, montre bien quel est le côté faible de cette doctrine de la faute de service, manifestement imaginée pour dégager l'État, le département et la commune, de la responsabilité des faits personnels de leurs agents, et quelle extension dangereuse elle serait susceptible de prendre en l'absence d'un texte ou d'un principe qui en circonscrive l'application.]

[18 *quater*. Voy. comme exemples de responsabilité de l'État, sans qu'aucune négligence soit relevée à la charge de ses agents, Conseil d'État, 6 déc. 1895, Sir., 98, 3, 3 : Conseil d'État, 16 mai 1902, Sir., 05, 3, 45. Cpr. Trib. des Conflits, 11 avril 1908, Sir., 09, 3, 49.]

[18 *quinquies*. Voy. comme exemples de mesures de police de caractère général, qui ne sauraient, comme telles et quelles qu'en aient été les conséquences, engager la responsabilité de l'État, Conseil d'État, 21 juin 1895, Sir., 97, 3, 108. Voy. comme exemples de mesures de police individuelles et particulières, Conseil d'État, 13 nov. 1891, Sir., 93, 3, 106 ((l'arrêtiste relève, non sans raison, le caractère choquant de cette solution), Conseil d'État, 5 février 1892, Sir., 93, 3, 157. — Il va de soi qu'on ne confondra pas les mesures de police générales ou spéciales que nous visons dans la

personnelle de ses agents, même si cette faute a été commise dans l'exécution du service et se rattache à cette exécution [18] *sexies*. Enfin, la juridiction administrative a seule qualité pour connaître de la responsabilité des fautes de service [18] *septies*. Il n'en serait autrement que si des textes spéciaux avaient expressément substitué la compétence de l'autorité judiciaire à celle des juridictions administratives [18] *octies*.]

[D'ailleurs, ces différentes propositions ne s'appliquent ni à l'État exceptionnellement considéré, en conséquence des textes spéciaux qui régissent l'entreprise dont il va être question, comme gérant une entreprise privée [18] *nonies*, ni à l'État comme propriétaire du

présente note, avec l'exécution des ordres qui en sont la conséquence : ici la faute de service se conçoit parfaitement, et avec elle la responsabilité de l'État : voy. Conseil d'État, 10 février 1905, Sir., 05, 3, 113, et la note de M. Hauriou : cpr. Conseil d'État, 13 janvier 1899, Sir., 00, 3, 1, et la note de M. Hauriou.

[18 *sexies*. Voy. comme exemples de faute personnelle des agents de l'État, commises dans l'exécution du service ou se rattachant à cette exécution : Trib. des Conflits, 15 mars 1902, Sir., 05, 3, 15 (faute du médecin de lazaret), Conseil d'État, 5 février 1904, Sir., 06, 3, 69 (arrestation arbitraire), Trib. des Conflits, 15 avril 1905, Sir., 07, 3, 48. Il n'est que prudent d'ajouter que la notion de faute personnelle des agents de l'État reste des plus imprécises, et même qu'elle se modifie chaque jour dans le sens d'une extension pratiquement indéfinie de la notion opposée de la faute de service. Les spécialistes que nous avons consultés sur cette difficile question multiplient les réticences, et s'efforcent de les justifier en alléguant la rédaction toujours brève, le plus souvent elliptique, parfois même sybilline, de considérants des arrêts du Conseil d'État et même du Tribunal des Conflits.]

[18 *septies*. Bien entendu, la juridiction administrative n'est pas ici nécessairement le Conseil d'État. Si le dommage causé résulte de l'exécution de travaux publics, c'est le conseil de préfecture qui est compétent. Cpr. Conseil d'État, 26 déc. 1879, Sir., 81, 3, 36 : 10 déc. 1880, Sir., 82, 3, 20 : 6 janvier 1882, Sir., 83, 3, 55 : 28 mars 1885, Sir., 87, 3, 2 : 15 janvier 1886, Sir., 87, 3, 44.]

[18 *octies*. Voy. Loi du 4 juin 1859, sur le service des postes, art. 3, concernant les valeurs déclarées. Cpr. Douai, 11 déc. 1899, Sir., 00, 2, 109. Loi du 3 juillet 1877, sur les réquisitions militaires, art. 54, concernant le règlement des dommages résultant des grandes manœuvres. Loi du 17 avril 1901, art. 54 (dommages causés par le voisinage des champs de tir).]

[18 *nonies*. Nous visons ici l'administration des chemins de fer de l'État.

domaine privé[18] *decies*. Dans ces deux hypothèses, les règles de fond du droit civil lui redeviennent applicables comme aussi la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire reparaît.]

[La responsabilité du département, du chef des dommages qui peuvent résulter pour les tiers du fonctionnement des services départementaux, obéit, tant au point de vue de la compétence juridictionnelle qu'au point de vue du fond, aux mêmes règles que la responsabilité de l'État[18] *undecies*.]

[La situation des communes paraît aujourd'hui de tous points semblable. Toutefois, dans ces dernières années, la jurisprudence des juridictions de l'ordre judiciaire maintenait encore l'application des règles de fond du droit civil et la compétence des tribunaux judiciaires dans différentes hypothèses, en conséquence de certaines

Crim. cass., 8 février 1901, Sir., 1901, 1, 205 (responsabilité civile de ladite administration quant aux frais mis à la charge de son préposé condamné correctionnellement, voy. texte à la note 39 *infra*). La chambre civile s'était déjà prononcée en ce sens dans les considérants de son arrêt de rejet du 18 nov. 1895, Sir., 98, 1, 385, écartant, malgré l'assimilation, vis-à-vis des tiers, de l'administration des chemins de fer de l'État à une Compagnie concessionnaire, l'application du nouvel art. 1780. Voy. aussi Req. rej., 22 mars 1899, Sir., 1903, 1, 420. Voy. d'ailleurs sur le caractère juridique de l'administration du réseau de l'État, la note détaillée et précise de M. Chavegrin, qui accompagne l'arrêt du 18 nov. 1895.]

[[18] *decies*. Civ. rej., 12 juin 1901, Sir., 06, 1, 41, et les conclusions de M. le Procureur général Laferrière. — Il s'agissait de l'incendie de l'Opéra-Comique en 1887. L'insuffisance des moyens dont ce théâtre disposait pour en empêcher le développement constituait une faute à la charge de l'État propriétaire qui n'avait pas entretenu son immeuble de façon qu'il pût servir à l'usage auquel il était destiné : il s'agit là d'une faute au sens de l'art. 1382, et non pas d'un cas particulier de la responsabilité du fait des bâtiments, art. 1386.]

[[18] *undecies*. Le cas s'est présenté pour le fonctionnement des services départementaux d'aliénés. Tribunal des Conflits, 29 février 1908, Sir., 08, 3, 97, et la note de M. Hauriou et surtout les conclusions de M. Teissier, commissaire du gouvernement. Civ. cass., 16 nov. 1908, Sir., 10, 1, 343, cassant un arrêt de la Cour de Montpellier, du 14 janvier 1903, qui avait inexactement considéré comme une faute personnelle des agents du département, une négligence constitutive d'une faute de service, et maintenu, en conséquence, la compétence de l'autorité judiciaire.]

distinctions qui ne paraissent pas justifiées [18] *duodecies*.]

[Ces distinctions nous semblent destinées à disparaître, et les communes ne sont désormais tenues, devant les juridictions administratives, que des fautes de service de leurs agents, par opposition, soit aux mesures de police que leurs agents [18] *tredecies* ont qualité pour prendre

[18] *duodecies*. On relève, dans cet ordre d'idées, un premier essai de distinction entre les cas où la responsabilité de la commune peut être établi indépendamment de toute appréciation d'actes administratifs, et où les règles de fond du droit civil aussi bien que la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire lui resteraient applicables (Caen, 23 juin 1891, et Toulouse, 3 février 1895, Sir., 97, 2, 257. note critique Michoud), et l'hypothèse contraire (Nancy, 29 juin 1895, *ibid.*). Une seconde réserve, relative au cas où la responsabilité de la commune résulterait d'une atteinte portée par ses agents au droit de propriété, auquel les règles de fond du droit civil et la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire restent nécessairement applicables, résulte de deux arrêts de la Cour de Cassation : Req., 1er déc. 1895, Sir., 97, 1, 492, et Civ. cass., 11 janvier 1898, Sir., 02, 1, 38. — Enfin, la Chambre civile distinguait encore, en 1905, entre l'acte du maire, considéré comme investi d'une délégation de la puissance publique, à l'effet d'exercer des pouvoirs de police sur le territoire de la commune, auquel cas ni les r gles de fond du Droit civil, ni la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire n'étaient applicables, et l'acte du maire considéré comme représentant légal de la commune, l'acte de gestion communale, soumis tant aux règles de fond du droit civil qu'a la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire. Civ. cass., 3 avril 1905, Sir., 06, 1, 353, et la note de M. Appert. Civ. cass., 23 mai 1905, 15 janvier 1906, Sir., 07, 1, 81. Voy. dans le sens de cette distinction, aussi bien en ce qui concerne l'administration communale que les services publics de l'État ou du département, Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 4e éd., p. 77 et suiv. Les conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Teissier, devant le tribunal des Conflits, le 29 février 1908, Sir., 08, 3, 97 (voy. la note 18 *undecies supra*), nous paraissent au contraire justifier le rejet de cette distinction, à cause de l'impossibilité où l'on est, dans nombre de cas, de dissocier l'acte de gestion de l'acte d'autorité.]

[18] *tredecies*. Voy. sur les fautes de service communal, les arrêts suivants, qui maintiennent, à tort selon nous, l'application des règles de fond du droit civil et la compétence judiciaire : Lyon, 9 déc. 1891, Sir., 95, 2, 80. Riom, 21 nov. 1899, Sir., 00, 2, 166. Trib. de Rouen, 12 février 1895, Sir., 95, 2, 181. Toulouse, 3 février 1896, Sir., 97, 2, 257. Toutes ces décisions visent des hypothèses d'accidents survenus au cours de réjouissances publiques et dus à l'insuffisance des mesures de police concernant les artificiers. Req. 23 juin 1897, Sir., 98, 1, 230 (insuffisance des précautions prises par l'architecte municipal). Nous mettons tout à

et qui ne donnent lieu à aucune responsabilité [18] *qualuordecies*, soit aux fautes personnelles de leurs agents qui n'obligent que leurs agents eux-mêmes [18] *quindecies*,

fait à part l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 16 avril 1894, Sir., 95, 1, 273, note Tissier, visant une prétendue faute de l'administration municipale dans les opérations relatives à la souscription d'un emprunt municipal, et qui nous paraît, comme à M. Tissier, critiquable même sur le terrain du droit civil. Cpr. dans le même ordre d'idées, Aix, 20 mai 1908, Sir., 08, 2, 239, où la responsabilité des agents de la municipalité paraissait d'ailleurs plus nette. Voy. encore Besançon, 18 juin 1894, Sir., 95, 2, 12 (poursuite dirigée contre le maire, considéré comme civilement responsable du délit de contrefaçon commis par la commission, élue par le Conseil municipal, qui aurait fait jouer, dans une fête municipale, des morceaux de musique sans l'autorisation de leurs auteurs). Cpr. pour une hypothèse voisine, avec solution différente sur faits différents, et où la question de la responsabilité de la commune n'a pas été soulevée : Crim. rej., 14 nov. 1873, Sir., 74, 1, 134.]

[18 *quatuordecies*. Voy. comme exemples de ces mesures de police municipale : Conseil d'État, 13 janvier 1893, Sir., 94, 3, 114. Req. 19 octobre 1898, Sir., 99, 1, 341 : Conseil d'État, 21 déc. 1900, Sir., 03, 3, 61.]

[18 *quindecies*. Voy. comme exemple de faute personnelle : Bordeaux, 11 juillet 1904, Sir., 06, 2, 6 (arrestation arbitraire). Le tribunal des Conflits, 21 nov. 1896, Sir., 97, 3, 133, considérant, à tort selon nous, l'accident dû à la négligence du cantonnier de la commune dans un dépôt d'outils sur la voie publique, comme constitutif d'une faute personnelle de cet agent, s'est prononcé, contrairement à toute la jurisprudence relative à la faute personnelle des agents de l'administration, pour l'application de l'art. 1384 à la commune, mais en maintenant la compétence de la juridiction administrative. La Cour de Cassation (Civ. rej., 2 mai 1906, Sir., 07, 1, 129), dans une hypothèse où le caractère de faute personnelle de l'acte reproché à l'agent municipal ne pouvait d'ailleurs être contesté, a pareillement admis la responsabilité de la commune par application de l'art. 1384, mais elle est allée plus loin que le tribunal des Conflits et a reconnu la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire. Ce sont là des variations regrettables, en ce sens qu'elles rendent bien difficile l'établissement d'une formule claire et précise du système de responsabilité de l'État, du département et de la commune, par opposition au système de responsabilité du droit civil, mais elles témoignent à tout le moins, selon nous, par le doute qu'elles jettent sur quelques-unes des conséquences du système de la responsabilité administrative, du caractère artificiel de la distinction de la faute personnelle et de la faute de service, qui le résume, la faute personnelle pouvant être, à la rigueur, assimilée à un risque du service public lui-même, et le maintien, dans certains cas, aussi bien par le tribunal des Conflits que par la Cour de Cassation, des règles de fond du droit civil et même de la compétence judiciaire, nous apparaissant comme la rançon du système de l'irrespon-

selon les règles du droit civil et devant les juridictions de l'ordre judiciaire.]

[Toutes ces propositions, relatives à la responsabilité de l'État, du département et de la commune, s'appliquent, quelles que soient les conditions dans lesquelles cette responsabilité est invoquée, notamment, même si l'agent de l'État, du département ou de la commune, a été condamné par la juridiction de répression à raison du fait qui serait de nature à engager son commettant si l'on appliquait ici les règles du droit civil [18] *sexdecies*, même si la responsabilité de l'État est invoquée par la commune qui l'appelle en garantie, étant poursuivie elle-même par une personne avec laquelle elle a contracté [18] *septemdecies*.]

Les maîtres et commettants sont responsables, non seulement au regard des tiers, mais encore vis-à-vis de leurs ouvriers ou préposés, du dommage causé par l'un d'eux à un autre, dans l'exécution du travail qui leur était confié en commun [19].

Au contraire, [et sauf ce qui va être dit tout à l'heure], ils ne répondent pas, en général, et à moins d'une faute ou d'une imprudence qui leur soit personnellement imputable [20] [ou dont ils soient tenus du chef d'un autre

sabilité de l'État, du département et de la commune, pour des fautes personnelles pratiquement inévitables dans certains services.]

[18 *sexdecies*. Tribunal des Conflits, 15 avril 1905, Sir., 07, 3, 48.]

[18 *septemdecies*. Tribunal des Conflits, 10 mai 1890, Sir., 92, 3, 105.]

19 Sourdat, II, 911. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, n° 9. Civ. cass., 28 juin 1841, Sir., 41, 1, 476. Lyon, 9 décembre 1854, Sir., 55, 2, 606. Aix, 13 mai 1865, Sir., 66, 2, 285.[Dijon, 24 juillet 1874, Sir., 75, 2, 73.] Voy. en sens contraire : Lyon, 29 décembre 1836, Sir., 38, 2, 70.

20 Bordeaux, 12 août 1857, Sir., 57, 2, 758. Crim. rej., 24 novembre 1865, Sir., 66, 1, 181. [Chambéry, 8 juin 1872, Sir., 72, 2, 275. Pau, 18 novembre 1875, Sir., 77, 2, 77. Bordeaux, 9 novembre 1892, Sir., 93, 2 148. Rennes, 20 mars 1893, Sir., 94, 2, 36. Req., 15 juillet 1896, Sir., 97, 1, 229, Rouen, 3 décembre 1898, Sir., 99, 2, 197. Rouen, 3 décembre 1898, Sir., 1900, 2, 57, note Esmein.Toulouse, 28 février 1901, Sir., 01, 2, 164. Req. 11 décembre 1899, Sir., 02, 1, 42. Caen 31 octobre 1900, Sir., 01, 2, 211. — Depuis notre quatrième édition, la mesure de la diligence et de la prévoyance imposées de ce chef aux maîtres et commettants paraît s'être insensiblement modifiée. Leur responsabilité est admise plus facilement et

de leurs préposés [20 *bis*] dans le service dont la victime de

plus fréquemment qu'autrefois. Cpr. Caen, 17 mars 1880, Sir., 80, 2, 176. Dijon, 27 avril 1877, sous Cass., 7 janvier 1878, Sir., 78, 1, 412, et Cass. *ibid.* Aix, 21 novembre 77, Sir., 78, 2, 232. Aix, 10 janvier 1877, Sir., 77, 2, 330. Nancy, 21 décembre 1876, Sir., 79, 2, 228. Amiens, 15 novembre 1883, Sir., 84, 2, 6. Trib. de Moulins, 8 janvier 1887, Sir., 87, 2, 173. Cass., 16 mai 1887, Sir., 88, 1, 73. Cass., 6 mars 1888, Sir., 88, 1, 267. Cass., 30 juillet 1901, Sir., 02, 1, 396. Cass., 18 juillet 1904, Sir., 07, 1, 139. Cass., 28 juillet 1902, Sir., 03, 1, 473. — On rappelle d'ailleurs ici qu'avant la promulgation de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, une controverse très grave s'était élevée sur le point de savoir si la responsabilité, sinon sans doute des maîtres et commettants en général, du moins des patrons dans la grande industrie, en ce qui concerne les accidents survenus à leur personnel, était une responsabilité d'origine délictuelle ou quasi-délictuelle, fondée sur les art. 1382 et suiv., ou si elle ne résultait pas plutôt du contrat de louage de services lui-même, comportant pour le patron, l'obligation de « rendre l'ouvrier sain et sauf à la fin du travail ». Cette controverse, à laquelle se rattache une abondante bibliographie (voy. not. Sauzet, *Responsabilité des patrons*, dans la *Revue Critique*, 1883 ; Sainctelette, *Responsabilité et garantie*, 1884 ; Glasson, *Le Code civil et la question ouvrière* ; Saleilles, *Les accidents du travail*, 1897, et surtout les notes de M. Labbé, Sir., 1885, 4, 25 et 86, 2, 97 : 86, 4, 25 : 1889, 4, 1, et 90, 4, 17, n'a plus guère aujourd'hui qu'un intérêt historique. Son examen se rattache d'ailleurs à celui des origines de la loi de 1898. Nous y avons fait allusion, § 372 *bis*, note 2. Cpr. § 446, note 7. — Dès avant la transformation de principe due à la loi du 9 avril 1898, une loi du 12 juin 1893 obligeait les patrons à séparer leurs ouvriers des roues, courroies et engrenages de machines au moyen desquelles se faisait le travail, de telle sorte que lesdits ouvriers ne pussent approcher ces roues, courroies et engrenages que pour les besoins du service : l'infraction à cette législation le constituait en faute (Civ. cass., 6 mai 1901, Sir., 01, 1, 288), et ce, indépendamment de toute mise en demeure à lui adressée par l'inspecteur du travail. Pau, 10 mai 1901, Sir., 02, 2, 193. — D'ailleurs, quelque développées que soient les applications de la responsabilité du maître dans la jurisprudence contemporaine, le cas fortuit et la faute de la victime l'excluent ou l'atténuent comme par le passé. Voy. pour la faute de la victime : Grenoble, 27 décembre 1892, Sir., 94, 2, 139. Com. Havre, 20 mai 1891, sous Rouen, 94, 2, 141. Cass., 27 février 1899, Sir., 1900, 1, 188. Cass., 12 janvier 1897, Sir., 97, 1, 231. Nancy, 20 juin 1895, Sir., 96, 2, 207. Cass., 6 mai 1901, Sir., 01, 2, 238. Cass., 9 novembre 1904, Sir., 05, 1, 32. Cass., 29 octobre 1901, Sir., 02, 1, 212.]

[20 *bis*. Douai, 27 juin 1881, Sir., 84, 2, 7. Amiens, 15 novembre 1883, Sir., 84, 2, 6. Cass., 5 janvier 1891, Sir., 92, 1, 247. Cass., 5 avril 1894, Sir., 97, 1, 229. — Voy. pour l'application aux ouvriers des manufactures de l'État, Conseil d'État, 11 mars 1881, Sir., 82, 3, 53.]

l'accident était chargée [20] *ter*], des accidents arrivés à leurs ouvriers ou préposés [ou domestiques [20] *quater*] dans l'exécution du travail auquel ils les ont employés [21].

[La faute ou l'imprudence susvisée peut résulter, non seulement de l'absence de précautions requises dans l'outillage [21] *bis* et dans la discipline [21] *ter*, mais aussi de l'insuffisance du personnel [21] *quater*, du moment où le travail dangereux devait être accompli [21] *quinquies*, et de l'âge ou de l'inexpérience de l'ouvrier auquel il était confié [21] *sexies*, ou même de l'absence de précautions exceptionnelles nécessitées par les conditions du travail [21] *septies*. Elle obéit alors à toutes les règles du droit commun applicables à la faute [21] *octies*, mais les maîtres

[20 *ter*. Cpr. cep. Cass., 28 août 1882, Sir., 85, 1, 19. Cass., 5 janvier 1891, Sir., 92, 1, 247.]

[20 *quater*. Seine, 19 mai 1906, Sir., 07, 2, 250. Caen, 7 mai 1907, Sir., 08, 2, 79.]

21 Sourdat, II, 612 et 913. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, n° 9. Bourges, 15 juillet 1840, Dalloz, 1840, 2, 151. Lyon, 19 juillet 1853, Sir., 54, 2, 745. [Lyon, 9 mai 1874, Sir., 74, 2, 316. Cass., 26 novembre 1877, Sir., 78, 1, 148. Caen, 25 juillet 1881, Sir., 82, 2, 76. Grenoble, 10 janvier 1883, Sir., 83, 2, 55. Cass., 2 décembre 1885, Sir., 87, 1, 312. Cass., 14 avril 1886, Sir., 87, 1, 77. Cass., 18 octobre 1886, Sir., 87, 1, 16. Moulins, 8 janvier 1887, Sir., 87, 1, 173. Rouen, 29 juin 1888, Sir., 89, 2, 11. Toulouse, 31 mai 1889, Sir., 89, 2, 168. Plusieurs de ces arrêts visent des hypothèses qui sont régies aujourd'hui par la loi du 9 avril 1898.]

[21 *bis*. Ou de la défectuosité de l'outillage, que l'ouvrier doit prouver. Orléans, 20 décembre 1888, Sir., 90, 2, 14. Req., 20 février 1900, Sir., 00, 1, 400. Req., 20 juillet 1897, Sir., 97, 1, 440. Req., 12 juillet 1900, Sir., 00, 1, 409. Grenoble, 20 décembre 1892, Sir., 94, 2, 123. Req., 13 déc. 1899, Sir., 1900, 1, 503. Cpr. Req., 2 avril 1901, Sir., 05, 1, 134. Req., 3 décembre 1901, Sir., 05, 1, 15.]

[21 *ter*. Bordeaux, 19 août 1878, Sir., 79, 2, 13.]

[21 *quater*. Gass., 24 février 1896, Sir., 96, 1, 461.]

[21 *quinquies*. Cass., 8 février 1875, Sir., 75, 1, 201. Aix, 27 novembre 1877, Sir., 78, 2, 232.]

[21 *sexies*. Lyon, 26 avril 1871, Sir., 71, 2, 156. Paris, 29 avril 1875, Sir., 76, 2, 182. Bordeaux, 3 juillet 1878, Sir., 1879, 2, 4. Paris, 12 décembre 1881, Sir., 82, 2, 136. Cpr. Rouen, 12 mars 1891, Sir., 94, 2, 243. Req., 7 mars 1893, Sir., 93, 1, 242. Req., 30 décembre 1902, Sir., 03, 1, 346.]

[21 *septies*. Grenoble, 6 février 1894, Sir., 95, 2, 311.]

[21 *octies*. Notamment à la règle de la solidarité entre coauteurs. Nîmes, 10 avril 1897, Sir., 97, 2, 301. Cpr. § 446, note 6 *ter*.]

et commettants peuvent d'ailleurs stipuler d'un tiers qu'il en prenne les conséquences à sa charge[21] *nonies.*]

[La règle qui précède a été gravement modifiée par la loi du 9 avril 1898, et par les lois qui l'ont complétée et étendue, pour les maîtres et commettants que ces divers textes visent. Elle ne s'applique donc plus aujourd'hui qu'aux maîtres et commettants auxquels ces textes ne s'appliquent pas[21] *decies.*]

Les maîtres et commettants ne sont pas admis à décliner la responsabilité à laquelle ils sont soumis, en offrant de prouver qu'ils ont été dans l'impossibilité d'empêcher le dommage[22]. [A plus forte raison, en

[[21] *nonies.* Cass., 28 octobre 1903, Sir., 04, 1, 437. Montpellier, 6 janvier 1904, Sir., 06, 2, 230. Et pour le cas d'assurance : Cass., 12 décembre 1893, Sir., 96, 1, 91. Paris, 25 octobre 1895, et 27 novembre 1896, Sir., 1897, 2, 245.]

[[21] *decies.* Voy. sur ces lois nouvelles § 372 *bis* et suiv. — J'ai utilisé dans les notes qui précèdent celle-ci et dans celles qui la suivent, la jurisprudence postérieure à la quatrième édition et antérieure à la loi de 1898, concernant les personnes et les faits auxquels s'applique aujourd'hui ladite loi du 9 avril 1898, parce que, si cette jurisprudence a perdu son intérêt, au moins dans une certaine mesure, en ce qui concerne les personnes et les faits dont il vient d'être question, elle garde encore sa valeur pour les personnes et pour les faits que ne régit pas la loi de 1898, et qui restent, à ce titre, sous l'empire du droit commun, dont cette jurisprudence antérieure à la loi de 1898 faisait l'application aux personnes et aux faits qui y échappent aujourd'hui. E. B.]

[22] Arg. *a contrario.* art. 1384, al. 5. *Rapport au Tribunat* par Bertrand de Greuille (Locré, *Lég.*, XIII, p. 42, n° 14). Malleville, sur l'art. 1384. Touiller, XI, 283. Duranton, XIII, 724. Marcadé, sur l'art. 1384, n° 3. Sourdat, II, 905 et 918. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, n° 8. Colmet de Santerre, V, 365 *bis*, VII, Zachariæ, § 447, note 6, *in fine.* Civ. cass., 25 novembre 1813, Sir., 14, 1, 24. Crim. cass., 11 juin 1836, Sir., 37, 1, 452. Civ. cass., 11 mai 1846, Sir., 46, 1, 364. Amiens, 4 décembre 1846, Sir., 47, 2, 237. Paris, 15 août 1847, Sir., 47, 2, 483. Paris, 13 mai 1851, Sir., 51, 2, 359. Paris, 8 octobre 1856, Sir., 57, 2, 445. Crim. cass., 30 août 1860, Sir., 60, 1, 1013. Dijon, 23 avril 1869, Sir., 69, 2, 148. [D'ailleurs, il importerait peu que le juge du fait, exonérant le maître de toute responsabilité fondée sur l'art. 1384, le délit dont son domestique s'est rendu coupable ayant été commis en dehors de l'exercice de ses fonctions, eût en même temps relevé, par des motifs surabondants, que le maître n'avait à se reprocher aucun défaut de surveillance et n'avait pu empêcher la perpétration du délit. Cass., 3 mars 1884, Sir., 85, 1, 21.]

offrant de prouver qu'ils avaient formellement interdit le fait d'où l'accident est résulté [22 *bis*.]

Mais leur responsabilité ne s'applique qu'aux faits dommageables commis dans l'exercice [22 *ter*] ou à l'occasion de l'exercice des fonctions auxquelles le domestique ou préposé a été employé [23]. [Elle persisterait même, en pareil cas, dans certaines circonstances exceptionnelles où le préposé se trouverait régulièrement sous la direction et la surveillance d'un tiers [23 *bis*], mais à condition que la faute du préposé fût démontrée [23 *ter*], et ne s'étend pas aux délits ou quasi-délits qui n'ont aucun rapport à ces fonctions, par exemple [23 *quater*] aux injures qu'un domestique peut avoir proférées, ou aux voies de fait qu'il peut avoir exercées, en dehors de son service [24], [ou, dans un ordre d'idées

[22 *bis*. Lyon, 26 avril 1871, Sir., 71, 2, 156. Dijon, 24 juillet 1874, Sir., 75, 2, 73.]

[22 *ter*. Cette formule ne signifie pas que la contemporanéité de la perpétration du délit et de l'exercice des fonctions soit indispensable. Voy. comme exemple : Cass., 22 novembre 1892, Sir., 93, 1, 23.]

23 Cpr. Req. rej., 19 juillet 1826, Sir., 27, 1, 232 ; Orléans, 21 décembre 1854, Sir., 55, 2, 661 ; Paris, 8 octobre 1856, Sir., 57, 2, 445; Crim. cass., 30 août 1860, Sir., 60, 1, 1013 ; Limoges, 27 novembre 1868, Sir., 69, 2, 42. [Seine, 28 mai 1872, Sir., 72, 2, 153. Lyon, 1er juillet 1872, Sir., 73, 2, 42. Paris, 19 mai 1874, Sir., 76, 2, 271. Crim. rej., 9 août 1878, Sir., 79, 1, 286. Civ. rej., 16 juin 1884, Sir., 87, 1, 475. — Amiens, 21 janvier 1878, Sir., 78, 2, 53. Cass., 3 mars 1884, Sir., 85, 1, 21. Cass., 12 décembre 1893 (2e arrêt), Sir., 96, 1, 91. Paris, 16 juin 1896, Sir., 96, 2, 208. Paris, 5 août 1897, Sir., 98, 2, 39. Toulouse, 4 juin 1903, Sir., 06, 2, 13 (accident de chasse, fusil appartenant au maître). Cass., 20 décembre 1904. Sir., 05, 1, 173. Cass., 22 mars 1907, Sir., 07, 1, 473.]

[23 *bis*. Cpr. texte et note 15 *quater supra*.]

[23 *ter*. Civ. rej., 27 juin 1876, Sir., 77, 1, 79 (accident de chemin de fer survenu en partie à raison de la faute des agents de la Compagnie, sur un point du réseau où les pouvoirs de direction et de contrôle de la Compagnie sur ses agents avaient passé temporairement, par l'effet d'une convention diplomatique, à l'autorité militaire allemande.)]

[23 *quater*. Cpr. pour un exemple tout différent de celui qui est indiqué au texte : Cass., 27 février 1878, Sir., 78, 1, 323.]

24 Merlin, *Rép.*, v° Délit, n° 9. Toullier, XI, 286 et suiv. Duranton, XIII 724. Larombière, *op. cit.*, art. 1384, n° 9. Zachariæ, § 447, note 6. Crim. cass., 6 juin 1811, Sir., 12, 1, 70. Req. rej., 5 juin 1861, Sir., 62, 1, 151, 924. [Paris, 10 mai 1872, Sir., 73, 2, 8. Paris, 19 mai 1874, Sir., 75, 2, 36.

différent, aux délits résultant d'opérations faites par le préposé d'une maison de commerce, et complètement étrangères au mandat donné à ce préposé par le commerçant expéditeur[24 *bis*]. Il ne semble pas non plus qu'elle s'étende aux délits ou quasi-délits qui se produisent, même au cours du service du domestique ou du préposé, lorsque ces délits ou quasi-délits n'ont pas de rapport direct avec l'exercice de leur fonction [24 *ter*.]

Du reste, la responsabilité dont il s'agit n'est applicable qu'au cas où l'ouvrier ou préposé est censé remplacer celui qui l'a chargé d'un travail ou d'un service, et se trouve à son égard dans un rapport de dépendance. Elle ne pèse pas, [vis-à-vis des tiers [24 *quater*]], sur celui qui a confié à un entrepreneur[24] [*quinquies*] ou à un

Douai, 14 février 1894, Sir., 94, 2, 161. Voy. pour une hypothèse plus délicate (fabrication d'un explosif, ayant servi à perpétrer le délit, avec les matériaux pris dans l'usine par les employés, mais sans que la preuve ait été faite que la fabrication ait eu lieu dans l'usine, plus exactement dans l'exercice des fonctions de l'ouvrier : Cass., 15 décembre 1894, Sir., 95, 1, 151.]

[24 *bis*. Cass., 1 février 1897, Sir., 98, 1, 323. Cpr. cep. pour la formule, Cass., 23 octobre 1905, Sir., 07, 1, 188.]

[24 *ter*. Douai, 12 janvier 1903, Sir., 04, 2, 298. La formule que nous donnons au texte, et que nous empruntons à l'arrêt de la cour de Douai, doit être rapprochée de celle que nous employons § 372 *bis*, texte et note 176, pour l'application de la loi du 9 avril 1898.]

[24 *quater*. Cette réserve signifie qu'il se pourrait que la personne visée au texte, qui s'est substitué, pour l'accomplissement d'une certaine tâche, un entrepreneur ou des ouvriers embauchés à forfait, lesdits entrepreneur et ouvriers agissant d'ailleurs en pleine indépendance, — qui n'est donc pas, vis-à-vis des tiers, leur commettant, — garde, malgré ce qui vient d'être dit, vis-à-vis d'une autre personne avec laquelle elle a préalablement traité pour l'accomplissement de la même tâche, la qualité de commettant, en ce qui concerne les mêmes dommages. Poitiers, 12 décembre 1904, Sir., 06, 2, 157 (responsabilité, vis-à-vis du propriétaire de la forêt, de l'incendie causé par la faute des bûcherons que l'acquéreur d'une coupe de bois a chargés à forfait de l'exploiter, lesdits bûcherons considérés, vis-à-vis du propriétaire, comme les préposés de l'acquéreur, sans l'être vis-à-vis des tiers. La qualité de commettant, vis-à-vis du propriétaire, de l'acquéreur de la coupe de bois résulte des conventions intervenues entre eux, et de l'interprétation, d'ailleurs discutable, que leur donnent les juges du fait).]

[24 *quinquies*. L'administration pénitentiaire qui loue à un industriel des détenus que celui-ci emploie à ses travaux, mais qui conserve la

ouvrier d'une profession reconnue et déterminée, un travail ou un ouvrage étranger à sa propre condition [25], à moins qu'il ne s'en soit réservé la direction, ou simplement la surveillance, auquel cas l'entrepreneur ou l'ouvrier est à considérer comme le préposé de celui pour le compte duquel le travail ou l'ouvrage est exécuté [26]; [à moins encore qu'indépendamment de toute réserve du genre de celle dont il vient d'être question, la personne susvisée ne fût tenue, vis-à-vis de la victime, à une responsabilité différente et plus générale [26] *bis*.]

surveillance de ces détenus, doit être assimilée à l'entrepreneur visé au texte. Alger, 15 avril 1872, Sir., 72, 2, 294.]

[25] Douai, 25 juin 1841, Sir., 42, 2, 49. Paris, 24 novembre 1842, Sir., 42, 2, 521. Paris, 15 avril 1847, Sir., 47, 2, 283. Crim. cass., 20 août 1847, Sir., 47, 1, 855. Orléans, 22 novembre 1847, Sir., 47, 1, 855, à la note. Crim. rej., 10 novembre 1859. Sir., 60, 1, 185. Lyon, 20 janvier 1863, Sir., 64, 2, 1. Req. rej., 17 mai 1865, Sir., 65, 1, 326. Douai, 26 décembre 1865, Sir., 66, 2, 123. Bourges, 23 janvier 1867, Sir., 67, 2, 110. Lyon, 25 février 1867, Sir., 67, 2, 353. [Cass., 30 décembre 1875, Sir., 76, 1, 91. Cass., 4 février 1880, Sir., 80, 1, 463. Pau, 12 juin 1893, et 27 novembre 1895, Sir., 97, 2, 14. Pau, 1er juin 1896, Sir., 97, 2, 308. Lyon, 3 février 1897. Sir., 97, 2, 301.] Voy. cep. Paris, 20 mai 1862, Sir., 62, 375.

[26] Paris, 30 janvier 1864. Sir., 64, 2, 3. Req. rej., 17 mai 1865, Sir., 65, 1, 327. Angers, 16 mars 1868, Sir., 68, 2, 315. Req. rej., 10 novembre 1868, Sir., 69, 1, 127. [Douai, 11 mars 1879, Sir., 80, 2, 290. Cass., 30 décembre 1875, Sir., 76, 1, 91. — Conseil d'État, 16 mars 1894, Sir., 96, 3, 51 (pour les communes), et pour l'État : Conseil d'État, 21 juin 1892, Sir., 94, 3, 49; 28 juin 1895, Sir., 97, 3, 117. Cpr. pour la clause de responsabilité de l'entrepreneur seul dans le cahier des charges : Conseil d'État, 11 janvier 1889, Sir., 91, 3, 5. — Voy. aussi Cass., 4 mars 1903, Sir., 03, 1, 471. Cpr. Pau, 12 juin 1893, et 27 novembre 1895, Sir., 97, 2, 14. Pau, 1er juin 1896, Sir., 97, 2, 308. Lyon, 3 février 1897, Sir., 97, 2, 301.] — Dans le système qui considère les communes comme régies par l'art. 1384, au même titre qu'un particulier (voy. texte et notes 18 *duodecies* et suiv. *supra*), la Cour de cassation a très exactement appliqué la doctrine formulée au texte, à la commune qui traite, même à forfait, avec un entrepreneur, mais qui exerce, par des agents spéciaux, les pouvoirs de surveillance qu'elle s'est réservés sur les travaux à faire. Cass., 15 janvier 1889, Sir., 89, 1, 74.]

[26 *bis*. Chambéry, 23 décembre 1878, Sir., 79, 2, 173 (responsabilité du propriétaire d'une maison en réparations, en ce qui concerne l'accident survenu à son locataire, au cours et à l'occasion desdites réparations). L'arrêt est motivé tant sur le fait que le propriétaire avait conservé la direction des travaux que sur l'obligation qui lui incombait de pourvoir

[La responsabilité des maîtres et commettants peut avoir pour effet de les priver du droit d'invoquer une cause de déchéance formellement prévue au contrat qu'ils ont conclu avec un tiers, lorsque cette déchéance n'est encourue par celui-ci qu'en conséquence d'une faute du préposé desdits maîtres et commettants [26] *ter.*]

3° Les instituteurs et les artisans sont responsables, [indépendamment de toute faute personnelle[26] *quater*], du dommage causé par leurs élèves et apprentis, pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance [[26] *quinquies*],

à la sécurité de ses locataires, et de veiller à l'exécution des mesures indispensables pour la garantir. Il suit de ce dernier considérant, que sa responsabilité, vis-à-vis de son locataire, eût été la même, même à supposer qu'il ne se fût pas réservé la direction des travaux.]

[[26] *ter.* Rej., 4 mai 1887, Sir., 87, 1, 199. — Cet arrêt vise le défaut de payement d'une prime d'assurance, dû à la faute d'un agent de l'assureur. Nous n'hésitons pas à généraliser cette solution à toutes les hypothèses de faute de cet agent vis-à-vis de l'assuré, notamment en ce qui concerne les fautes par lui commises dans la rédaction de la police. Voy. d'ailleurs sur ce point, la note 38 *quinquies infra.*]

[[26] *quater.* Je n'intercalerais pas dans le texte cette addition, dont le principe est hors de doute, si l'espèce d'un arrêt de la Cour de Paris du 10 mai 1898 (Sir., 99, 2, 158), visant l'hypothèse de la communication d'une maladie contagieuse à l'enfant placé dans une institution, ne conduisait à distinguer ici, à la charge du chef d'institution, deux responsabilités bien distinctes : 1° Celle qui résulte de la faute personnelle de ce chef d'institution, qui n'a ni averti les parents dès les premières manifestations de la maladie, ni fait donner dès le début à l'enfant les soins médicaux nécessaires. Art. 1382 et 1383. 2° Celle qui résulterait, indépendamment de toute faute personnelle du genre de celle qu'on vient d'analyser, du fait que la maladie non seulement a pris naissance depuis l'entrée de l'enfant dans l'institution susvisée, mais y a été contractée par l'enfant de ses camarades ou de l'un d'eux préalablement atteints et non isolés. Le chef d'institution serait alors tenu, semble-t-il, par application de l'art. 1384, et les conditions de la preuve à fournir par les parents de l'enfant malade seraient naturellement moindres.]

[[26] *quinquies.* Le tribunal de Châteauroux a jugé (24 mai 1898, Sir., 99, 2, 147) que lorsque l'enfant a commis le délit civil dont réparation est poursuivie, pendant l'intervalle entre les classes, c'est-à-dire à un moment où il ne reste confié à la garde de l'instituteur que pour lui éviter à lui-même la fatigue d'un déplacement, et où il jouit par conséquent d'une liberté relative, la responsabilité de l'instituteur doit être appréciée moins rigoureusement, et l'exonération plus facilement admise que pendant la durée des classes. — On s'est demandé, d'autre part (Civ. cass.,

à moins qu'ils ne prouvent qu'il n'a pas été en leur pouvoir d'empêcher le fait [26 *sexies*] qui a occasionné le dommage, [et réserve faite du cas où cette impossibilité tiendrait à une faute antérieure de leur part 26 *septies*.] Art. 1384, al. 4 et 5.

[La loi du 20 juillet 1899 a substitué à la responsabilité de l'instituteur, ainsi définie et limitée, en ce qui concerne les membres de l'enseignement public 26 *octies*, la responsabilité de l'État, pareillement définie et limitée 26 *nonies*, réserve faite, toutefois, de l'hypothèse où l'instituteur commettrait une faute personnelle, résultant d'un défaut caractérisé de surveillance. En pareil cas, la responsabilité de l'État disparaîtrait, en même temps que la responsabilité personnelle de l'instituteur reparaîtrait 26 *decies*.]

On ne doit, au point de vue dont il est ici question, considérer comme instituteurs, que les personnes qui, à un titre quelconque, sont chargées, d'une manière plus

13 janvier 1890, Sir., 91, 1, 49, note Labbé), si l'obligation de surveillance qui pèse sur l'instituteur, et qui explique la responsabilité de l'art. 1384, n'entraîne pas de plein droit pour lui, lorsque la surveillance cesse par le retour de l'enfant dans sa famille, l'obligation subséquente de prévenir le père de l'accident causé par son fils. La Chambre civile n'a pas eu à résoudre la question. Une solution affirmative n'eût pas été impossible avec des faits différents.]

[26 *sexies*. Voy. comme exemples : Civ. cass., 13 janvier 1890 (sur le second point), Sir., 91, 1, 49, note Labbé. Paris, 31 mai 1892, Sir., 99, 2, 137, note. Limoges, 1er mai 1985, *ibid*. Paris, 15 juin 1904, Sir., 07, 2, 4. Cass., 9 juillet 1907, Sir., 08, 1, 76.]

[26 *septies*. Limoges, 1er mai 1895, Sir., 99, 2, 139, note. Cpr. trib. de Châteauroux, 24 mai 1898, Sir., 99, 2, 147.]

[26 *octies*. Les Écoles militaires préparatoires sont des établissements d'enseignement public, au sens de l'art. 1384 et de la loi du 20 juillet 1899; l'autorité judiciaire est, par conséquent, seule compétente pour connaître des conséquences des accidents dont peuvent être victimes les enfants qui y sont admis : Conseil d'État, 9 août 1905, Sir., 07, 3, 109.]

[26 *nonies*. L'État ne peut donc s'exonérer, comme l'instituteur antérieurement régi par l'ancien art. 1384, qu'en prouvant qu'il n'a pas été au pouvoir du maître d'empêcher l'accident. Alger, 1er décembre 1902, Sir., 04, 2, 12. Mais, dans cette mesure et sous cette condition, il est exonéré. Montpellier, 31 octobre 1908, Sir., 08, 2, 296.]

[26 *decies*. Crim. rej., 11 août 1905, Sir., 05, 1, 429.]

ou moins permanente, de l'éducation ou de la surveillance d'enfants ou de jeunes gens [[26] *undecies*], et non celles dont les fonctions consistent seulement à donner des leçons durant une ou plusieurs heures de la journée [27]. [Une ville possédant un collège communal, géré par elle, mais placé comme établissement universitaire sous la dépendance du ministère de l'Instruction publique, ne saurait être considérée comme un instituteur, au sens de l'art. 1384, en ce qui concerne la responsabilité d'un accident arrivé à un élève dudit collège par le fait d'un de ses camarades [27] *bis*.]

[Il y a lieu, semble-t-il, de soumettre à la responsabilité de l'art. 1384, le directeur d'un établissement d'aliénés qui y a reçu un aliéné mineur [27] *ter*].

4° Les dépositaires des registres de l'état civil sont civilement responsables des altérations qui y surviennent, sauf leurs recours, s'il y a lieu, contre les auteurs desdites altérations [[27] *quater*]. Art. 51.

5° Les aubergistes et les hôteliers sont responsables des indemnités adjugées à ceux qui ont souffert quelque dommage, par suite d'un délit de Droit criminel commis par des personnes qu'ils ont logées pendant plus de

[[26] *undecies*. Voy. comme exemple, avant la loi du 20 juillet 1899, pour le principal d'un collège communal : Paris, 16 février 1880, Sir., 80, 2, 619. Besançon, 30 juillet 1884, Sir., 85, 2, 44.]

[27] Colmar, 14 juin 1830, Sir., 30, 2, 334. Cpr. texte et notes 5 à 7 *supra*. [Il importerait peu que la personne civilement responsable de ce chef alléguât, pour échapper à la qualification susvisée, et à la responsabilité qu'elle entraîne, soit le caractère professionnel de l'enseignement donné aux enfants par elle recueillis, soit le caractère de maison de correction libre, de l'institution par elle dirigée, soit enfin son caractère désintéressé. Grenoble, 20 décembre 1901; Sir., 06, 2, 125. Voy. encore : Paris, 15 juin 1901, Sir., 07, 2, 4. Cass., 9 juillet 1907, Sir., 08, 1, 76.]

[[27] *bis*. Paris, 16 février 1880, Sir., 80, 2, 169. *Quid*, en ce qui concerne l'État, depuis la loi du 20 juillet 1899? Voy. la note précédente.]

[[27] *ter*. Agen, 16 mars 1872, Sir., 73, 2, 113. Cpr. note 7 *bis supra*.]

[[27] *quater*. Cpr. § 62, texte, *in fine*. On ajoutera à la responsabilité prévue au texte celle qui peut résulter du défaut d'inscription, par la faute du maire, de l'arrêt d'adoption, dans le délai de trois mois de l'art. 359. Voy. § 558, texte et note 3 *bis*. Voy. d'ailleurs la note de M. Mestre sous l'arrêt de la Cour de Poitiers, du 26 février 1908, Sir., 09, 2, 17.]

vingt-quatre heures, sans avoir inscrit sur leurs registres les noms, professions et domiciles de ces personnes. Code pénal, art. 73.

6° Les gardes champêtres sont responsables des dommages causés aux champs, lorsqu'ils négligent de faire, dans les vingt-quatre heures, les rapports des délits. Loi des 28 septembre-6 octobre 1791, tit. I, sect. VII, art. 7.

7° En vertu de la loi du 10 vendémiaire an IV [28], [remplacée aujourd'hui par l'art. 106 de la loi municipale du 5 avril 1884 [28 *bis*]], les communes sont responsables [de] diverses espèces de dommages causés sur leurs territoires, ou par leurs habitants. Elles répondent notamment, envers les particuliers lésés, [même de nationalité étrangère [28 *ter*]], de tout dommage causé, avec violence ou à force ouverte[29], par des attroupements ou rassemblements, armés ou non armés, [quel qu'en soit le but [29 *bis*]]. Titre IV, art. 1. Nous ne nous occuperons que de ce dernier cas de responsabilité, en nous bornant

[28] Cpr. sur cette loi : Fœlix, *Dissertation*, insérée dans la *Revue de législation et de jurisprudence étrangère* de MM. Mittermaier et Zachariæ, VII, p. 26 ; Féraud-Giraud, *Dissertation*, *Revue de législation*, 1852, II, p. 322 ; Rendu, *Traité de la responsabilité des communes* ; Sourdat, II, 1090 et suiv.

[28 *bis*. L'art. 168 de la loi du 5 avril 1884 abroge expressément le titre IV de la loi du 10 vendémiaire an IV.— Dans une note sous l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 6 juillet 1908 (Dalloz, 1910, 1, 73) cité à la note 30 *infra*, M. Politis a opposé le système de responsabilité de la commune dans la loi de vendémiaire, au système nouveau établi, dans le même ordre d'idées, par la loi du 5 avril 1884. Dans le système de la loi de vendémiaire, il s'agissait d'une responsabilité des habitants de la commune plutôt que d'une responsabilité de la commune elle-même. Le système de la loi de 1884 est au contraire un système de responsabilité de la commune, fondé sur l'incapacité ou la négligence de ses représentants. Mais M. Politis ajoute que la loi de 1884 n'a cependant pas entièrement rompu avec la conception ancienne d'une responsabilité des habitants.]

[28 *ter*. Grenoble, 9 février 1897, Sir, 97, 2, 298.]

[29] Il peut y avoir force ouverte, alors même que l'attroupement n'a éprouvé aucune résistance. Civ. cass., 2 mai 1841, Sir., 42, 1, 566.

[29 *bis*. Cour de la Guadeloupe, 15 mars 1905, sous Cass., 30 avril 1907, Sir, 07, 1, 511.]

à renvoyer, pour les autres, aux [textes nouveaux de la loi du 5 avril 1884, qui ont remplacé les] titres IV et V de la loi [de l'an IV].

[La mise en état de siège du territoire dans lequel est comprise la commune, ne suffit pas, à elle seule, pour faire disparaître la responsabilité de ladite commune. Il n'en serait ainsi que si l'autorité militaire s'était saisie de l'intégralité des pouvoirs dont l'autorité civile est revêtue pour le maintien de l'ordre et de la police[29] *ter*. Mais la responsabilité de la commune cesse dans les villes où la loi a enlevé à la municipalité, par voie de disposition générale, la disposition de la police locale et de la force armée[29] *quater*.]

La commune sur le territoire de laquelle le dommage a eu lieu, en demeure responsable, alors même qu'il a été causé par des attroupements composés d'individus qui lui sont étrangers [[29] *quinquies*]. Dans ce cas, cependant, la commune est admise à se faire décharger de toute responsabilité, en prouvant [[29] *sexies*] qu'elle a pris

[[29] *ter*. Voy. en ce sens, pour le régime antérieur à la loi du 5 avril 1884 : Besançon, 24 août 1874, Sir., 74, 2, 284, Cass., 23 février 1875, Sir., 75, 1, 219. Cass., 27 avril 1875, Sir., 75, 1, 263; Cass., 27 juillet 1875, Sir., 75, 1, 363. Ces arrêts ont été rendus sous l'empire de la loi du 9 août 1849. Cpr. cep. Dijon, 15 juillet 1902, Sir., 03, 2, 193. — Il en serait de même du cas où le préfet du département, investi par le gouvernement de pleins pouvoirs, dans des circonstances exceptionnelles, aurait autorisé les individus composant les rassemblements et les attroupements qui auraient envahi et pillé un magasin d'armurerie, à prendre des armes partout où ils en trouveraient : ni ces pleins pouvoirs attribués au préfet, ni l'autorisation par lui donnée, ne conférant à ces individus le droit de se procurer de la sorte lesdites armes, l'autorité municipale ayant, en fait, continué à fonctionner. Amiens, 29 juin 1874, Sir., 74, 2, 313. — Nous croyons devoir maintenir cet ensemble de solutions sous le régime nouveau de la loi du 5 avril 1884.]

[[29] *quater*. Voy. en ce sens, pour le régime antérieur à la loi du 5 avril 1884 : Dijon, 15 juillet 1902, Sir., 03, 2, 193 (Paris, Lyon, Marseille). La loi du 5 avril 1884 dispose aujourd'hui expressément en ce sens. Art. 108, 2°.]

[[29] *quinquies* Cette condition suffit. La règle s'appliquerait, même si le désordre était dû à des marins étrangers, appartenant à des navires de guerre mouillés en rade. Cass., 30 avril 1907, Sir., 07, 1, 511.]

[[29] *sexies*. Cpr. sur cette condition de preuve : Cass., 15 février 1898,

[en temps utile [29] *septies*] toutes les mesures [[29] *octies*] qui étaient en son pouvoir [[29] *nonies*] à l'effet de prévenir le désordre et d'en faire connaître les auteurs [30]. Titre IV, art. 5, [de la loi de vendémiaire. Art. 108. — 1° de la loi du 5 avril 1884.] [Même si elle ne fait pas cette preuve, elle peut toujours invoquer à tout le moins les règles du droit commun sur l'exonération partielle résultant à son profit d'une faute de la victime [30] *bis*.]

Sir., 98, 1, 457. Cass., 22 juillet 1901 (deux arrêts), Sir., 02, 1, 393 (note Colin). Cass., 24 juin 1905, Sir., 06, 1, 31.]

[[29] *septies*. Besançon, 2 mars 1900, Sir., 01, 2, 141. Alger, 14 mars 1900, Sir., 02, 2, 71.]

[[29] *octies*. Des exhortations au calme et même une intervention purement morale du maire, quelque louable et courageuse qu'elle fût, ne suffiraient pas. Douai, 22 juin 1904, Sir., 06, 2, 267. Mais, cependant, en sens inverse, la municipalité reste en faute, si, en dehors des mesures coercitives et de l'emploi de la force, elle ne fait pas usage de son autorité morale pour prévenir des rassemblements dangereux. Req., 22 juillet 1901, Sir., 02, 1, 393 (note Colin).]

[[29] *nonies*. Cpr. sur cette formule. Grenoble, 9 février 1897. Sir., 97, 2, 298 (complications résultant d'une pretendue opposition de l'autorité préfectorale aux mesures prises). Dijon, 15 juillet 1902, Sir., 03, 2, 193.]

[30] Cette preuve ne serait pas relevante, si le dommage avait été causé par des attroupements composés, soit exclusivement d'habitants de la commune sur le territoire de laquelle il a eu lieu, soit d'habitants de cette commune et d'autres communes. C'est ce qui résulte de la lettre même de l'art. 5, qui n'admet l'excuse indiquée au texte, que pour le cas où le dommage a été causé par des rassemblements formés d'individus étrangers à la commune sur le territoire de laquelle les délits ont été commis. En vain a-t-on invoqué en sens contraire l'art. 8, qui, spécial au cas de responsabilité prévu par l'art. 7, est étranger à celui dont nous nous occupons. Rennes, 18 janvier 1834, Sir., 34, 2, 259. Paris, 22 novembre, 22 et 29 décembre 1834, Sir., 35, 2, 93, et suiv. Civ. rej., 24 juillet 1837, Sir., 37, 1, 657. Orléans, 8 février 1839, Sir., 39, 2, 285. Civ. rej., 5 mars 1839, Sir., 39, 1, 343. Montpellier, 16 mars 1840, Sir., 40, 2, 292. Orléans 9 août 1850, Sir., 51, 2, 689 et 693. [Req., 22 juillet 1901 (deux arrêts), Sir., 02, 1, 393, note Colin. Douai, 22 juin 1904, Sir., 06, 2, 267. Req., 24 juin 1905, Sir., 06, 1, 31. Chambéry, 6 mai 1907, Sir., 08, 2, 83. Req., 6 juillet 1908, Sir., 10, 1 181.] Voy. en sens contraire : Agen, 30 novembre 1830, Sir., 31, 2, 272 ; Civ. cass., 6 avril 1836, Sir., 36, 1, 257 ; Req. rej., 11 mai 1836, Sir., 36, 1, 665 ; Bordeaux, 22 août 1839, Sir., 40, 2, 51 ; Chamb. réun. cass., 15 mai 1841, Sir., 41, 1, 373 ; Rouen, 29 juin 1842, Sir., 42, 2, 397.

[[30] *bis*. Besançon, 2 mars 1900, Sir., 01, 2, 141. Chambéry, 6 mai 1907, Sir., 08, 2, 83.]

Lorsque les dégâts ont été commis par des attroupements composés d'habitants de diverses communes, elles sont solidairement responsables du dommage causé [31]. [Loi du 5 avril 1884, art. 107.] Toutefois, les communes autres que celle sur le territoire de laquelle le dommage a eu lieu, peuvent se soustraire à toute responsabilité, en prouvant qu'elles ont fait ce qui était en leur pouvoir pour empêcher leurs habitants de se joindre à l'attroupement[32].

La proportion dans laquelle chacune des communes responsables doit, dans ses rapports avec les autres, contribuer à l'indemnité due à la partie lésée, se détermine, en première ligne, par la participation plus ou moins étendue de leurs habitants au dommage causé, et, s'il n'est pas possible de fixer d'après cette base la part contributive des diverses communes, cette part se règle d'après leur importance respective [33].

La loi du 10 vendémiaire an IV ne [s'appliquait] pas aux dommages causés à l'occasion de mouvements révolutionnaires, ayant pour but le renversement du gouvernement [34]. Mais les communes [restaient], même en temps

[31] [L'art. 107 de la loi du 5 avril 1884, comme autrefois], l'art. 3 du titre IV [de la loi de vendémiaire], tout en déclarant responsables les diverses communes dont les habitants ont pris part aux attroupements, ne les soumet pas textuellement, il est vrai, à la solidarité ; mais la solidarité est, pour les communes responsables, une conséquence forcée de celle qui pèse, en vertu de l'art. 55 du Code pénal, sur les auteurs et complices des délits dont la réparation est due. Req. rej., 17 juillet 1838, Sir., 38, 1, 627. Riom, 14 juin 1843, Sir., 43, 2, 329. Riom, 19 décembre 1843, Sir., 44, 2, 151. Orléans, 9 août 1850, Sir., 51, 2, 689 et 693. Voy. en sens contraire : Toulouse, 1er août 1835, Sir., 36, 2, 27.

[32] Cpr. Orléans, 14 août 1851, Sir., 51, 2, 772 ; Req. rej., 14 janvier 1852, Sir., 52, 1, 97 ; Req. rej., 17 février 1852, Sir., 52, 1, 415.

[33] Cpr. Riom, 14 juin et 19 décembre 1843, Sir., 43, 2, 329, et 44, 2, 151 ; Orléans, 30 juin 1849, et 9 août 1850, Sir., 51, 2, 689 et 693 ; Req. rej., 14 janvier 1852, Sir., 52, 1, 97 ; Req. rej., 17 février 1852, Sir., 52, 1, 145. [Req. 22 juillet 1901, Sir., 02, 1, 393, et la note Maurice Colin.]

[34] Civ. cass., 6 avril 1836, Sir., 36, 1, 257. Req. rej., 11 mai 1836, Sir., 36, 1, 665. Paris, 9 juillet 1841, Sir., 41, 2, 558. Cpr. Civ. rej., 27 juin 1882, Sir., 22, 1, 428. — La loi du 10 vendémiaire an IV s'applique-t-elle à la ville de Paris ? Voy. pour l'affirmative : Paris, 22 novembre, 22 et 29 décembre 1834, Sir., 35, 2, 93, 96 et 97 ; Orléans, 8 février 1839, Sir., 39, 2, 286. Voy. pour la négative : Larombière, *op. cit.*, art. 1384,

de révolution, responsables des dévastations et pillages des propriétés particulières, commis en dehors de toute insurrection dirigée contre le gouvernement [35].

[La loi de vendemiaire contenait, sur la restitution des objets pillés, et sur le payement des réparations et indemnités dues à la partie lésée, des dispositions que la loi du 5 avril 1884 n'a pas reproduites.]

La restitution des objets pillés, qui ne [pouvait] avoir lieu en nature, et celle des objets mobiliers détruits et incendiés [36], [devait] se faire sur le pied du double de leur valeur, sans préjudice des dommages-intérêts, qui, de quelque manière que la restitution se [fît], ne [pouvaient] jamais être inférieurs à la valeur entière desdits objets [37]. Titre V [de la loi de vendemiaire], art. 1 et 6.

Les réparations et indemnités dues à la partie lésée [n'étaient] point à la charge de la caisse municipale. L'avance [devait] en être faite par les vingt plus forts contribuables de la commune. Les sommes avancées [étaient] ensuite réparties entre tous les habitants, proportionnellement à leurs facultés, sauf le recours de ceux qui [n'avaient] pris aucune part aux délits, contre ceux qui en [étaient] les auteurs ou les complices. [Loi de vendemiaire], Titre V, art. 8 et 9, et titre IV, art. 4.

nº 2ə ; Chamb. réun. cass., 15 mai 1841, Sir., 41, 1, 373 ; Paris, 9 juillet 1841, Sir., 41, 2, 658; Rouen, 22 juin 1842, Sir., 42, 2, 397; Chamb. réun. cass., 18 décembre 1843, Sir., 44, 1, 350. [Civ. rej., 4 mai 1881, Sir., 81, 1, 361, conclusions contraires de M. l'avocat général Desjardins.]

[35] Larombière, *op. et loc. citt.* Req. rej., 17 juillet 1838, Sir., 38, 1, 627. Req. rej., 14 janvier 1852, Sir., 52, 1, 97.

[36] Quoique l'art. 1er du titre V de la loi du 10 vendémiaire an IV ne parle textuellement que des objets pillés ou enlevés par force, il est évident que sa disposition est applicable toutes les fois qu'il s'agit d'objets mobiliers qui, par quelque cause que ce soit, ne peuvent être représentés en nature. Req. rej., 4 décembre 1827, Sir., 28, 1, 206. Civ. cass., 13 avril 1842, Sir., 42, 1, 293. Colmar, 20 décembre 1851, Sir., 54, 2, 760. [Mais il est bien entendu qu'il ne s'agit ici que d'objets mobiliers. Marseille, 21 décembre 1873, Sir., 73, 2, 55. Les dégats immobiliers ne sauraient donner lieu à la majoration de prix prévue dans la suite du texte.]

[37] Civ. cass., 1er juillet 1822, Sir., 22, 1, 352. Civ. rej., 24 juillet 1837, Sir., 37, 1, 657. Req. rej., 17 juillet 1838, Sir., 38, 1, 627. Civ. cass., 13 avril 1842, Sir., 42, 1, 693.

[8°] La responsabilité prononcée contre les personnes indiquées dans les sept numéros ci-dessus a lieu, même pour le dommage qui résulterait d'actes non imputables à leurs auteurs, par exemple, de faits commis par un insensé ou par un enfant [38]. [Mais elle n'a lieu, en principe, que pour les faits dommageables présentant le caractère d'actes illicites [38] *bis*.]

[Elle comporte la solidarité entre toutes les personnes civilement responsables du dommage causé en commun par leurs enfants, élèves, apprentis, préposés et domestiques [38] *ter*, ladite responsabilité leur permettant, d'ailleurs, après payement, de faire déterminer la part de responsabilité incombant à chacune d'elles, afin d'exercer des recours de ce chef [38] *quater*.]

[Les personnes qu'elle frappe ne sauraient s'en exonérer éventuellement, soit par une clause de non responsabilité [38] *quinquies*, insérée dans une convention qu'elles

[38] Duranton, VII, 367 ; XIII, 717 et 719. Marcadé, sur l'art. 1384, n° 4. Sourdat, II, 824 et suiv. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, n° 44. Zachariæ, § 447, note 4. Caen, 2 décembre 1853, Sir., 54, 2, 385. Voy. cep. Toullier, XI, 270.

[38 *bis*. Cass., 23 avril 1901, Sir., 02, 1, 128. (Application à la séduction, par le fils mineur, sans manœuvres déloyales, de la servante de ses parents, qui n'encourent de ce chef aucune responsabilité civile.)]

[38 *ter*. Cass., 14 novembre 1908 (cinq arrêts), Sir., 02, 1, 27.]

[38 *quater*. Cass., précités, 14 novembre 1908.]

[38 *quinquies*. Cette proposition se défend d'elle-même, pour les différents groupes de personnes visées au présent §, par l'explication que nous avons donnée de la responsabilité que la loi leur impose (voy. § 446, texte et note 10). Ces personnes sont *légalement* présumées en faute, et cette responsabilité, de caractère *impératif*, ne saurait évidemment disparaître par un acte de leur volonté. Voy. en ce sens Planiol, II, n° 882, et les autorités citées. — Nous avons d'ailleurs déjà montré (voy. texte et note 15 *sexies supra*), que des difficultés spéciales s'élèvent pour l'une des catégories de personnes visées au présent §, celle des commettants, l'origine conventionnelle des fonctions des préposés à raison desquelles cette responsabilité les frappe, paraissant devoir entraîner, en ce qui les concerne, la possibilité de l'exonération conventionnelle. Nous avons repoussé cette doctrine, mais son application reste parfois délicate. Nous prendrons comme exemple le cas du propriétaire d'une forêt ou de l'adjudicataire d'une coupe de bois, qui, s'ils voulaient exploiter la coupe eux-mêmes, par leurs préposés, ne pourraient pas s'exonérer de la responsabilité de l'art. 1384, et qui le peuvent, dans une cer-

feraient avec les tiers [38] *sexies*, soit de toute autre manière [38] *septies*.]

taine mesure, en traitant, pour l'exploitation de cette coupe, avec un entrepreneur ou même avec un tâcheron, auxquels ils s'interdisent de donner des ordres ou des instructions pour l'accomplissement du travail. C'est l'application pure et simple de la règle formulée texte et note 25. Voy. en ce sens, Pau, 19 février 1901, Sir., 01, 2, 261. En pareil cas, on ne peut pas dire qu'il y a exonération conventionnelle d'une responsabilité qui pèse sur eux. Il y a, par le caractère de la convention intervenue, exclusion de la responsabilité elle-même, parce qu'il y a exclusion des conditions auxquelles la loi en subordonne la naissance. On peut raisonner de même sur toutes les hypothèses prévues à la note 25. Il faut d'ailleurs, cela va de soi, que la convention intervenue entre le propriétaire ou l'adjudicataire de la coupe de bois, et l'entrepreneur de coupe ou le tâcheron, soit une convention sérieuse, non simulée : le juge du fait conservant pleins pouvoirs pour statuer sur la question de simulation. Arrêt précité de la Cour de Pau. — La Cour de Pau n'a d'ailleurs pas toujours été fidèle à la doctrine que nous venons d'analyser. Voy. en sens contraire de ce qui précède : Pau, 30 janvier 1901, Sir., 02, 2, 13 (la Compagnie de chemins de fer reste responsable des accidents survenus sur la voie en exploitation, par un matériel loué par elle à un entrepreneur, avec clause d'exonération des accidents.)]

[38 *sexies*. Nous visons principalement ici les clauses des polices d'assurance-incendie qui prétendent interdire à l'assuré d'exciper, pour échapper à une déchéance résultant de l'insuffisance ou de l'inexactitude des déclarations sur lesquelles la police a été rédigée, de la visite, par l'agent de l'assureur, des objets assurés. Selon nous, ces clauses sont nulles pour la raison que nous indiquons au texte (voy. en ce sens Req., 3 nov. 1845, Sir., 45, 1, 801. Civ. rej., 18 mai 1852, Sir., 52, 1, 565. Req., 8 juillet 1873, Sir., 73, 1, 438. Req. 15 mars 1880, Sir., 82, 1, 75. Req. 20 février 1884, Sir., 86, 1, 148), à supposer d'ailleurs qu'il soit établi par l'assuré, non seulement que l'agent d'assurances a visité les lieux avant la rédaction de la police, mais encore que c'est en conséquence de cette visite antérieure qu'il a rédigé lui-même la police, ou tout au moins qu'il en a inspiré la rédaction (cpr. sur cette distinction, Req., 8 juillet 1878, Sir., 80, 1, 124 : cpr. Besançon, 4 mars 1882, Dall., 82, 2, 166. — Il importerait d'ailleurs peu que la police d'assurance fût assortie d'une clause différente, ayant pour objet d'interdire à l'assuré de faire, contre et outre le contenu de la police, la preuve de l'intervention de l'agent dans sa rédaction : dans la mesure où cette clause serait considérée comme reproduisant purement et simplement la disposition de l'art. 1341, elle resterait inopérante, s'agissant ici de la preuve d'un fait matériel, l'intervention de l'agent d'assurances dans la rédaction de la police (voy. § 762, texte et note 5) ; dans la mesure, au contraire, où elle serait considérée comme ayant pour objet d'aggraver la disposition de l'art. 1341, elle ne resterait pas moins inopérante, comme tendant à maintenir l'effet d'une clause

Elle s'applique, non seulement aux restitutions, indemnités et frais adjugés à la partie lésée : elle porte même, lorsqu'il s'agit d'un délit de Droit criminel, sur les frais de poursuite dus au Trésor [39]. Toutefois, elle ne s'étend pas, du moins en général [40], aux amendes pro-

d'exonération de responsabilité nulle en elle-même. — On s'est parfois servi, pour justifier l'inopposabilité de la déchéance susvisée, à l'assuré, guidé dans la rédaction de la police par l'agent de l'assureur, d'une argumentation qui ne nous paraît pas exacte : on a voulu voir dans cet agent, en même temps qu'un préposé de l'assureur, un mandataire de l'assuré lui-même, à raison des conseils par lui donnés à l'assuré. Cette argumentation repose sur une notion inexacte du mandat. § 410, note 2 *ter*.]

[38 *septies*. Civ. rej., 30 décembre 1884, Sir., 86, 1, 166 (règlement d'une chambre de commerce). Civ. rej., 31 décembre 1900, Sir., 01, 1, 401, note Perreau (règlement d'une exposition : voy. § 385 *bis*, note 1).]

[39] Merlin, *Rép.*, v° Responsabilité civile des délits. Toullier, XI, 276. Larombière, *op. cit.* V. art. 1384, n° 37. Crim. cass., 14 juillet 1814, Sir., 14, 1, 275. Crim. cass., 18 avril 1828, Sir., 28, 1, 384. Crim. cass., 4 février 1830, Sir., 30, 1, 243. Crim. cass., 26 mai 1836, Dalloz, 1836, 1, 295. [Cpr. en ce sens Crim. cass., 30 octobre 1902, Sir., 02, 1, 544. Il en serait ainsi, alors même que le délit dont la personne civilement responsable serait tenue de payer les frais de poursuite, n'aurait causé de dommage qu'à elle-même. Cass., 9 juillet 1872, Sir., 72, 1, 312.] Voy. cep. Crim. rej., 15 juin 1832, Dalloz, 1832, 1, 397.

[40] En matière de délits de douanes, de contributions indirectes et de pêche côtière, la responsabilité civile s'étend aux amendes. Loi du 22 août 1791, titre XIII, art. 20. Décret du 1er germinal an XIII, art. 35. Décret du 9 janvier 1852, art. 12. Crim. cass., 12 mars 1842, Sir., 42, 1, 465. — Voy. aussi, quant à l'amende de 500 fr. prononcée par la loi du 15 ventôse an XIII, sur l'indemnité due aux maîtres de poste : Crim. rej., 20 décembre 1834, Dalloz, 1835, 1, 247. [Cpr. pour la solution contraire en matière de transport de lettres, Dijon, 22 novembre 1876, Sir., 77, 2, 106 (sur l'arrêté du 27 prairial an IX.] — [Même règle en ce qui concerne les contraventions de grande voirie : Conseil d'État, 3 juin 1892, Sir., 94, 3, 56. Conseil d'État, 8 mai 1896, Sir., 97, 3, 113, et la note de M. Hauriou, qui précise à la fois que l'amende encourue présente bien les caractères d'une peine proprement dite, et que la responsabilité du commettant quant à ladite amende s'explique par une exception générale qui est apportée, sur ce point comme sur d'autres, dans cette matière, à la règle de droit pénal de la personnalité des peines. Cpr. encore, en matière de grande voirie, Conseil d'État, 20 avril 1894, Sir., 96, 3, 60. — D'autre part, en ce qui concerne la loi du 19 mai 1874, sur le travail des enfants et des filles mineures dans l'industrie, la cour d'Amiens a jugé le 19 mars 1878, Sir., 78, 2, 117, que le chef d'in-

dustrie qui délègue à un gérant, son préposé, la direction des travaux et la surveillance de ses ouvriers, n'en reste pas moins personnellement responsable des contraventions commises dans son établissement contre ladite loi et les règlements y relatifs, — tout au moins dans le cas où, résidant sur les lieux, il continue à visiter habituellement cet établissement et à prendre une part active à une branche au moins de sa gestion. Dans le même ordre d'idées, la loi du 30 novembre 1892, sur le travail des enfants et des femmes, fait remonter la responsabilité pénale jusqu'au chef d'industrie : Crim. rej., 8 mai 1897, Sir., 98, 1, 199. Crim. cass., 24 janvier 1902, Sir., 02, 1, 256.] Mais, en matière de délits forestiers, de pêche fluviale et de chasse, la règle générale reprend son empire. — Code forestier, art. 206 [Réserve faite, toutefois, de l'application de l'art. 199 du même Code. Crim. rej., 15 mars 1902, Sir., 05, 1, 201, et des conséquences de cette application (cpr. Pau, 5 novembre 1898, Sir., 1899, 2, 237). Notre savant collègue Roux, dans sa note sous l'arrêt du 15 mars 1902, soutient, d'ailleurs, que la responsabilité exceptionnelle quant à l'amende que nous visons ici, n'est autre chose qu'une responsabilité pénale directe du propriétaire des bêtes en délit.] — Loi sur la pêche fluviale du 15 avril 1829, art. 74. Loi sur la police de la chasse du 3 mai 1844, art. 28. [Voy. aussi loi des 28 septembre-6 octobre 1791, titre II, art. 12, et Crim. cass., 10 mai 1872, Sir., 72, 1, 311. Cpr. § 448, note 1. — Il importerait d'ailleurs peu, dans toutes les hypothèses qui précèdent, qu'un règlement administratif (par exemple un règlement municipal en matière d'octroi), contînt, sur l'extension de la responsabilité pénale du préposé ou de l'enfant au commettant ou au père, des dispositions contraires à la règle posée au texte. Bastia, 6 novembre 1901, Sir., 02, 2, 39. — On ne confondra pas la responsabilité exceptionnelle quant à l'amende, que nous visons dans la présente note, avec la responsabilité directe quant à l'amende, dont le propriétaire d'une chose peut s'exonérer dans certains cas, en faisant connaître le véritable délinquant. Voy. comme exemple, en matière de circulation d'automobiles (décret du 10 mars 1899), Crim. rej., 12 février 1904, Sir., 04, 1, 253. La contravention d'excès de vitesse constatée à la charge de l'automobile est portée au nom du propriétaire de l'automobile, sauf à lui à faire connaître l'auteur de l'excès de vitesse. — Il y a lieu, enfin, de réserver, en tout cas, l'hypothèse où le commettant pourrait être lui-même considéré comme personnellement responsable du délit commis par son préposé. Voy. comme exemple, Amiens, 4 février 1887, Sir., 89, 2, 60 (responsabilité personnelle du propriétaire d'un café dont les garçons vendent des cigarettes de contrebande). Cet exemple se rattache d'ailleurs à la réserve qui a été faite, au début de la présente note, pour les délits en matière de contributions indirectes. Voy. encore : Crim. rej., 30 décembre 1892, Sir., 94, 1, 201. Crim. cass., 12 mai 1893, *ibid.* et la note explicative de M. Villey. Crim. rej., 19 avril 1894, Sir., 94, 1, 301. Crim. rej., 13 mars 1897, Sir., 97, 1, 544. Crim. cass., 1er mai 1897, Sir., 97, 1, 541. Crim. cass., 21 décembre 1907, Sir., 10, 1, 593. C'est ce qui a lieu chaque fois qu'il résulte de certaines

noncées à raison d'un délit[41], ni, en aucun cas, au paie-

obligations légales imposées au commettant qu'il a le devoir d'exercer personnellement une action directe sur les faits d'un auxiliaire ou subordonné (formule de l'arrêt du 19 avril 1894), pour assurer le respect et l'exécution des règlements. Voy. d'ailleurs pour une hypothèse différente, où cette formule ne saurait s'appliquer, et où la responsabilité civile de l'art. 1384 apparaît seule. Crim. cass., 13 juillet 1893, Sir., 94, 1, 202. — Notre savant collègue Roux (note sous l'arrêt du 21 décembre 1907, Sir., 10, 1, 593) a fait justement observer que cette doctrine peut encourir le double reproche de transformer le délit commis par le préposé en un délit d'omission du maître, et de restreindre, et encore sans la limiter d'une façon précise, cette règle nouvelle d'incidence ou plutôt de répercussion de la peine, aux rapports de commettant à préposé. M. Roux propose une explication différente, tirée de l'analyse de la notion de causalité dans la perpétration du délit. — Quoi qu'il en soit de cette explication, nous ajouterons que si les obligations légales qui imposent au commettant le devoir de surveillance personnelle dont il est question plus haut résultent de règlements de police qui ont été personnellement imposés audit commettant, en conséquence du contrat d'entreprise ou de la concession qui le lient à une ville ou à l'État, il reste pénalement responsable de toute contravention à ces règlements, alors même qu'il aurait cédé son marché à un tiers, sans que l'administration eût concouru à la cession. Il n'a cependant plus, en pareil cas, de préposé au sens propre du mot. Cass. précité, 30 décembre 1892. — Une dernière question doit être prévue : Lorsque l'application de la peine dépend de la nature civile de l'opération constitutive du délit, il semble y avoir exception à la règle formulée au texte. Par exemple, en matière de service des postes, on se demande, dans le cas où des commandes de denrées (charbon) seraient laissées par les clients à la disposition des préposés du marchand, dans un lieu public, s'il y a immixtion dans le transport des lettres, (les préposés seraient alors pénalement responsables, et le marchand le serait civilement), ou s'il y a, au contraire, entreprise de transports au sens de l'art. 9 de l'arrêté de prairial an IX, (le marchand serait alors pénalement responsable). Cpr. sur cette difficulté, Cass., 10 février 1906, Sir., 06, 1, 109, Orléans (mêmes parties), 17 juillet 1906, Sir., 06, 2, 283.]

[41] Merlin, *op. et v° citt.* Toullier, XI, 290. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, n° 38. Crim. cass., 14 juillet 1814, Sir., 14, 1, 275. Crim. cass., 14 janvier 1819, Sir., 24, 1, 422. Crim. cass., 8 août 1823, Sir., 24, 1, 423. Crim. cass., 30 juillet 1825, Sir., 25, 1, 366. Crim. cass., 15 décembre 1827, Sir., 28, 1, 216. Crim. cass., 5 novembre 1829, Sir., 30, 1, 30. Crim. cass., 9 juin 1832, Sir., 32, 1, 744. Crim. cass., 28 septembre 1838, Sir., 39, 1, 445. Crim. cass., 11 août 1848, Sir., 48, 1, 739. Crim. cass., 24 mars 1855, Sir., 55, 1, 609. [Cass., 25 mars 1881, Sir., 82, 1, 143. Toulouse, 5 janvier 1883, Sir., 83, 2, 185. Cass., 4 février 1898, Sir., 1899, 1, 198. — La Cour de Caen (14 juin 1906, Sir., 07, 2, 44) a appliqué la règle posée au texte au brocanteur, considéré comme civilement responsable de l'amende

ment de la valeur des objets soumis à confiscation, qui ne seraient pas représentés [42].

La partie lésée, qui est admise à former l'action naissant de la responsabilité civile, accessoirement à l'action principale en dommages-intérêts, et, partant, à la porter, le cas échéant, devant les tribunaux de répression [43], [même si la personne responsable est une société de commerce [43 *bis*]], peut aussi poursuivre directement, devant les tribunaux civils, [et sous les conditions de droit commun de l'autorité de la chose jugée par la juridiction de répression qui a antérieurement statué [43 *ter*]],

prononcée contre son préposé, par application de la loi du 15 février 1898 sur le brocantage. Mais voy. la note critique anonyme.]

[42] Grenoble, 6 février 1850, Sir., 50, 2, 230. Crim. rej., 6 juin 1850, Sir., 50, 1, 815. Voy. en sens contraire : Grenoble, 20 décembre 1848, Sir., 49, 1, 665 ; Grenoble, 8 mars 1849, Sir., 59, 2, 229.

[43] Lesellyer, *Droit criminel*, II, 721. Larombière, *op. cit.*, V, n° 32. Cour d'assises du Haut-Rhin, 25 février 1831, Sir., 31, 2, 279. Crim. rej., 19 juin 1847, Sir., 47, 1, 783. Crim. rej., 25 février 1848, Sir., 48, 1, 415. — Mais l'action en responsabilité ne pourrait être soumise à un tribunal de justice répressive qui ne serait pas saisi d'une poursuite contre l'auteur du délit. Mangin, I, 34. Larombière, *op. cit.*, art. 1384, n° 35. Crim. rej., 29 avril 1843, Sir., 43, 1, 923. Voy. cep. quant à certaines contraventions de police : Crim. rej., 24 mars 1848, Sir., 49, 1, 384. [Pareillement, le tribunal de répression ne pourrait pas, en acquittant le prévenu, prononcer une condamnation à des dommages-intérêts contre la personne qui n'a été citée qu'à titre de personne civilement responsable. Crim. rej., 16 avril 1875, Sir., 1875, 1 240.]

[[43] *bis*. Bien qu'une société de commerce ne répondé pas, au point de vue pénal, du délit commis par l'un de ses préposés (voy. § 445, notes 14 *bis* et 15 *ter*) elle peut être poursuivie civilement devant la juridiction de répression. Voy. § 443, note 6 *bis*.]

[[43] *ter*. Nancy, 16 mai 1878, Sir., 78, 2, 234. Le principe n'est pas douteux, mais la Cour de Nancy en a fait une application discutable. Elle considère la condamnation du maître aux frais du procès correctionnel qui s'est terminé par la condamnation pénale de son domestique, comme ayant, par rapport à l'instance civile en réparation, dirigée ultérieurement contre le maître, l'autorité de la chose jugée, non seulement quant à la question de perpétration matérielle du délit de son domestique, mais aussi quant à la question toute différente de la concomitance ou de la correspondance du délit et de l'exercice des fonctions de ce dernier (notes 23 et 24 *supra*). Cette extension de l'autorité de la chose jugée nous laisse des doutes. Cpr. § 769 *bis*, texte et notes 7 et 8, surtout texte et note 25.]

les personnes civilement responsables, sans être tenue de mettre en cause les auteurs du fait dommageable [44].

Les condamnations prononcées en vertu de la responsabilité civile n'entraînent pas, de plein droit, contrainte par corps, alors même que cette responsabilité se trouve engagée à raison d'un fait incriminé par la loi pénale [45]. La contrainte par corps ne pourrait plus même, aujourd'hui comme autrefois, être décernée par application du nº 1 de l'art. 126 du Code de procédure. Loi du 22 juillet 1867, art. 1.

L'obligation de réparation imposée aux personnes civilement responsables, ne dégage pas les auteurs des faits qui ont occasionné le dommage. Ces derniers peuvent donc, si ces faits leur sont moralement imputables, être actionnés directement [[45] *bis*, toutes choses égales d'ailleurs [45] *ter*], par la partie lésée. [Il en serait de même d'une autre personne responsable en sous-ordre [45] *quater*.] Ils peuvent aussi, dans cette supposition, être recherchés en garantie par les personnes civilement responsables [46]. [Il y a plus : ils peuvent être recherchés

[44] Sourdat, II, 805. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, nº 34. Req. rej., 19 février 1866, Sir., 66, 1, 214.

[45] Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1535. Troplong, *De la contrainte par corps*, nº 624. Coin-Delisle, *De la contrainte par corps*, p. 112, nº 3. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, nº 41. Crim. rej., 11 février 1843, Sir., 43, 1, 663. Crim. cass., 18 mai 1843, Sir., 43, 1, 743. Crim. cass., 3 juin 1843, Sir., 43, 1, 937.

[[45] *bis*. Douai, 13 janvier 1880, Sir., 80, 2, 170. Cpr. note 18 *bis supra*. Ou, s'il s'agit d'un enfant mineur, dans la personne du père, administrateur légal de ses biens. Nancy, 26 mai 1888, sous Cass., 91, 1, 49. Alger, 1er déc. 1902, Sir., 04, 2, 12. Bordeaux, 23 janvier 1905, Sir., 05, 2, 188.]

[[45] *ter*. Cpr. Cass., 21 octobre 1902, Sir., 05, 1, 519.]

[[45] *quater*. Alger, 1er décembre 1902, Sir., 04, 2, 12 (responsabilité de l'État substituée à celle de l'instituteur par application de la loi du 20 juillet 1899 : cette responsabilité peut, le cas échéant, coexister avec celle de la commune, sur le fondement de l'art. 1382, tout au moins dans la doctrine qui étend aux communes le système de la responsabilité civile de droit commun. Voy. sur ce dernier point, texte et notes 18 *duodecies* et suiv., *supra*.]

[46] Cpr. Toullier, XI, 271 ; Duranton, XIII, 722 et 725 ; Larombière, *op. cit.*, art. 1364, nºs 31 et 43 ; Zachariæ, § 447, texte et note 10. [Cass., 17 juillet 1876, Sir., 76, 1, 477. Cass., 24 février 1886, Sir., 86, 1, 460. Req.

par la partie lésée en même temps que la personne civilement responsable, et, sous cette condition, une condamnation solidaire peut intervenir contre eux et elle[46] *bis*. D'ailleurs, pour le cas où la personne civilement responsable aurait elle-même participé à la perpétration du délit ou du quasi-délit, le juge pourrait répartir entre elle et l'auteur principal le montant des réparations dues, suivant la gravité des torts imputables à chaque partie [46] *ter*. En sens inverse, les personnes civilement responsables ne seraient pas dégagées de la responsabilité qui pèse sur elles, en conséquence de la responsabilité assumée, même en dehors de tout contrat d'assurance, par une autre personne pour les mêmes faits[46] *quater*.]

La prescription de l'action en responsabilité est soumise aux règles développées au § 445. Cette action ne se prescrit donc que par trente ans, lorsque la responsabilité est relative à des faits non incriminés par la loi pénale. Elle se prescrit, au contraire, par le même laps de temps que l'action publique, s'il s'agit d'un délit de Droit criminel [47] [considéré comme le fondement exclusif

24 février 1886, Sir., 86, 1, 460. Conseil d'État, 1er février 1895, Sir., 97, 3, 31. Cette formule serait de nature à s'appliquer au maire, considéré comme préposé de la commune. Cpr. Riom, 21 novembre 1899, Sir., 1900, 2, 166, et les notes 18 *duodecies* et suiv. *supra*.]

[46 *bis*. Crim. rej., 2 décembre 1881, Sir., 83, 1, 44.]

[46 *ter*. Req., 24 février 1886, Sir., 86, 1, 460.]

[46 *quater*. Exemple d'une ville qui a cédé un champ de tir à l'État, et, garanti les accidents. Conseil d'État, 26 janvier 1892, Sir., 93, 3, 153. — A plus forte raison, si les faits prévus ne sont pas les mêmes. Cpr. Conseil d'État, 7 avril 1905, Sir., 07, 3, 44.]

47 Toullier, XI, 292. Vazeille, *Des prescriptions*, II, 594. Chauveau et Hélie, *Théorie du Code Pénal*, I, 299. Chassan, *Délits de la parole et de la presse*, II, 1368. Sourdat, II, 869. Crim. rej., 2 août 1828, Sir., 28, 1, 398. Civ., cass., 3 août 1841, Sir., 41, 1, 753. Colmar, 8 mai 1863, Sir., 63, 2, 101. Aix, 9 juin 1864, Sir., 64, 2, 196. Req. rej., 13 mai 1868, Sir., 68, 1, 356. [Nancy, 23 janvier 1875, Sir., 77, 2, 133. Req., 1er mai 1876, Sir., 76, 1, 445. Req., 10 janvier 1877, Sir., 77, 2, 270. Req., 4 août 1886, Sir., 87, 1, 691, note Labbé. Req., 12 février 1894, Sir., 94, 1, 168. Civ. rej., 18 novembre 1895, Sir., 98, 1, 385, et la note de M. Chavegrin sur l'application de la règle posée au texte à l'administration des chemins de fer de l'État (cpr. texte et note 18 *nonies supra*). Civ. rej., 13 décembre 1898, Sir., 99, 1, 25.]

des poursuites [47] *bis.*] Cette dernière proposition s'applique notamment à l'action en responsabilité dirigée contre une commune, en vertu des dispositions, ci-dessus analysées, de la loi du 10 vendémiaire an IV [48] [et de la loi du 5 avril 1884, ou contre une société civile ou de commerce [48] *bis.*]

Du reste, les dispositions de la loi qui déclarent certaines personnes responsables des faits d'autrui, reposant sur une présomption légale de faute, et formant, par cela même, autant d'exceptions au Droit commun, ne sont pas, en principe, susceptibles d'être étendues par voie d'analogie.

Ainsi, le mari n'est pas, en général, responsable du dommage causé par sa femme [49].

Réciproquement, la femme d'un insensé n'est pas responsable des actes dommageables de son mari, au seul titre d'épouse, c'est-à-dire à supposer que ce dernier ne se trouve point placé sous sa tutelle, et qu'aucune faute ne lui soit personnellement imputable [50].

[47 *bis.* Cpr. 18 décembre 1898, Sir., 99, 1, 25.]

[48] Angers, 13 juillet 1850, Sir., 50, 2, 422. Lyon, 4 avril 1851, Sir., 51, 2, 433, Civ. rej., 14 mars 1853, Sir., 53, 1, 342. Civ. cass., 6 mars 1855, Sir., 55, 1, 333. Cpr. Req. rej., 25 février 1855, Sir., 55, 1, 330.

[48 *bis.* Voy. § 445, notes 13 *bis* et 15 *bis.*]

[49] Merlin, *Rép.*, v° Délit, § 8 ; *Quest.*, v° Mari, § 1. Toullier, XI, 279. Duranton, XIII, 720. Chauveau et Faustin-Hélie, *Théorie du Code pénal*, II, p. 296. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, n° 7. Colmet de Santerre, V, 365 *bis*, V. Zachariæ, § 447, texte et note 11. Crim. cass., 16 juin 1811, Sir., 12, 1, 70. Crim. cass., 6 juin 1811, Sir., 21, 1, 212. Crim. cass., 13 mai 1813, Sir., 13, 1, 365. Crim. cass., 18 novembre 1824, Sir., 25, 1, 110. Crim. cass., 20 janvier 1825, Sir., 25, 1, 276. [Cass., 8 juillet 1872, Sir., 72, 1, 257.] Cpr. cep. Toullier, XI, 280; Req. rej., 23 décembre 1818, Sir., 19, 1, 378 ; Req., rej., 27 février 1827, Sir., 27, 1, 228. [Nancy, 8 novembre 1902, Sir., 04, 2, 241. Cpr. en ce sens : Cass., 21 octobre 1901, Sir., 02, 1, 32. Voy. une conséquence de la règle posée au texte en matière d'assurance incendie : Nancy, précité, 8 novembre 1902, et la note de M. Tissier, n° 5.] — La loi du 6 octobre 1791, tit. II, art. 27, le Code forestier, art. 206, la loi du 15 avril 1829, sur la pêche fluviale, art. 74, et le décret du 9 janvier 1852 sur la pêche côtière, art. 12, déclarent les maris civilement responsables des contraventions de police rurale et des délits forestiers ou de pêche commis par leurs femmes.

[50] Le fait seul de la part de la femme de n'avoir pas provoqué l'inter-

La même solution doit, dans des suppositions analogues, être appliquée aux père et mère d'un insensé majeur qui n'habite pas avec eux [51].

[On en dira de même du mari d'une femme dont la fille a un enfant naturel habitant avec le mari [51 *bis*.]

Ainsi encore, le bailleur n'est pas responsable des dommages que, par des faits commis sans son autorisation, le preneur peut avoir occasionnés à des tiers [52].

De même, le propriétaire d'un bâtiment, qui a chargé un entrepreneur d'y exécuter des travaux de réparation, n'est pas responsable, envers ses locataires, des dommages qu'ils peuvent avoir éprouvés par suite d'un incendie occasionné par la faute des ouvriers de cet entrepreneur [53]. Il ne répondrait pas davantage du dommage que l'un de ces ouvriers aurait causé à un autre [54].

Enfin, les habitants d'une maison ne sont pas, en cette seule qualité, responsables des dommages causés aux passants par des objets jetés ou répandus de l'intérieur de la maison [55].

diction ou la séquestration de son mari, ne constitue pas nécessairement une faute. Merlin, *Rép.*, v° Femme, n° 11. Sourdat, II, 828 et 867. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, n° 7. Civ. cass., 26 juin 1806, Sir., 6, 1, 356. Aix, 7 décembre 1866, Sir., 67, 2, 263.

[51] Agen, 9 novembre 1864, Sir., 65, 2, 230. Req. rej., 14 mai 1866, Sir., 66, 1, 237. [Chambéry, 6 février 1874, Sir., 75, 2, 178.] Cpr. Caen, 2 décembre 1853, Sir., 54, 2, 385. [Chambéry, 29 octobre 1889, Sir., 91, 2, 10. Req. 30 juillet 1906, Sir., 10, 1, 20. Ces trois derniers arrêts visent le cas de faute personnelle du père.]

[51 *bis*. Rouen, 18 novembre 1878, Sir., 80, 2, 317.]

[52] Sourdat, II, 895. Req. rej., 12 juin 1855, Sir., 55, 1, 710. Dijon, 7 août 1868, Sir., 68, 2, 315. Cpr. Toulouse, 5 avril 1866, Sir., 65, 2, 205.

[53] Paris, 15 avril 1847, Sir., 47, 2, 283.

[54] Paris, 24 novembre 1842, Sir., 42, 2, 621. Voy. aussi : Bordeaux, 15 juillet 1845, Sir., 47, 2, 537.

[55] L'action *de effusis et dejectis*, admise en Droit romain, rentrait dans les cas de responsabilité de faits d'autrui : d'une part, en ce qu'elle était ouverte contre la personne qui occupait, comme propriétaire ou comme locataire, l'appartement d'où était tombé l'objet qui, par sa chute, avait causé dommage à un passant, sans qu'il fût besoin de prouver que cet objet avait été jeté par cette personne, ou par quelqu'un des siens : et, d'autre part, en ce que, si l'appartement se trouvait occupé par plusieurs personnes, elles étaient toutes solidairement responsables du dommage.

§ 448.

b. De la responsabilité du dommage causé par des animaux, ou par la ruine d'un bâtiment.

1° Le propriétaire d'un animal est responsable, [tant vis-à-vis de ses domestiques ou préposés, même prévenus [1] *bis*, que vis-à-vis des tiers quelconques [1] *ter*,

Les art. 16 et 17 de la première rédaction du projet du titre sur *les engagements qui se forment sans convention*, avaient reproduit les mêmes principes ; mais ils furent rayés sur l'observation de M. Miot, que l'énonciation de la règle générale posée par l'art. 15 suffisait, et que les exemples devaient être retranchés. Voy. Locré, *Lég.*, XIII, p. 19, n° 12. Malgré l'inexactitude de cette observation, on n'en doit pas moins tenir pour certain que celui qui a été lésé par la chute d'un objet jeté d'une maison, n'a pas l'action *de effusis et dejectis*, telle qu'elle existait en Droit romain, et qu'il ne peut agir que contre l'auteur personnel du jet, ou contre ceux qui, aux termes de l'art. 1384, sont responsables des actes de ce dernier. Toullier, XI, 150. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, n° 30. Zachariæ, § 446, note 3. — Delvincourt (III, p. 683) enseigne cependant le contraire, en se fondant sur l'art. 1734 ; mais l'argument qu'il tire de cet article, est vicieux sous plus d'un rapport.

[1 *bis*. Paris, 23 février 1884, Sir., 86, 2, 97, note Labbé. Paris, 11 février 1886, *ibid.* Civ. rej., 3 mars 1886, Sir., 86, 1, 244. Orléans, 22 août 1884, *Gaz. du Palais*, 1884, 2, 448. Rouen, 10 avril 1897, *Recueil de Rouen*, 1897, 1, 144. Civ. cass., 29 mai 1902, Sir., 02, 1, 310. Req. 2 juillet 1902, Sir., 02, 1, 448. Poitiers, 7 décembre 1903, Sir., 04, 2, 99. Cass., 28 novembre 1904, Sir., 05, 1, 488. Douai, 19 novembre 1906, Sir., 07, 2, 63. Voy. cep., mais pour l'hypothèse d'une faute personnelle du préposé du maître : Civ. rej., 11 mars 1902, Sir., 02, 1, 309. Cpr. Planiol, II, n° 919 *bis*.]

[1 *ter*. La Cour de Pau a cependant jugé, le 15 novembre 1886, Sir., 87, 2, 184, que les propriétaires d'animaux, qui, d'un commun accord, les mettent au pacage, pour y rester le jour et la nuit sans aucune garde, sont censés s'être ainsi réciproquement affranchis entre eux de la responsabilité des accidents qui peuvent en résulter, et s'être soustraits à l'application de l'art. 1385. Il n'en serait autrement, pour la Cour de Pau, que si l'un d'eux avait introduit dans le pacage commun un animal qu'il savait ou devait savoir dangereux. — Cette doctrine, qui suppose tant la possibilité de l'exonération conventionnelle tacite et anticipée de ces différents propriétaires les uns vis-à-vis des autres, que la nécessité d'une faute personnelle pour l'application de l'art. 1385, nous paraît devoir être complètement rejetée. Cpr. texte et note 10 *bis infra*. Cpr. en sens contraire de l'arrêt de la Cour de Pau, et pour une hypothèse analogue (chevaux de course) : Rouen, 8 août 1903, Sir., 04, 2, 282.]

même indirectement lésés [1] *quater*], du dommage [[1] *quinquies*] qu'il a causé [[1] *sexies*]. La même responsabilité pèse sur la personne à laquelle un animal a été remis pour s'en servir. Art. 1385. Elle incombe donc à l'usufruitier, à l'usager, et même au locataire, [au colon partiaire [1] *septies*], ou au commodataire, [et même, suivant les cas, à l'acquéreur éventuel [1] *octies*. Elle incombe aussi, en ce sens, au domestique du propriétaire en tant qu'il s'agit des accidents qui peuvent lui arriver à lui-même, s'il se sert de l'animal à l'insu de son maître [1] *nonies*. Enfin, elle pèse aussi, pour les mêmes raisons, sur la personne à laquelle un animal a été remis pour être gardé par elle dans des conditions et avec un profit rentrant dans l'exercice de sa profession [1] *decies*. Le tout,

[1 *quater*. Cass., 4 mars 1902, Sir., 02, 1, 224. Cpr. § 445, texte et note 2, § 447, texte et note 13 *ter*.]

[1 *quinquies*. Dommage résultant de quelle cause? Sans aucun doute, le texte est fait pour le cas d'un accident (*damnum corpore et corpori datum* de la loi Aquilia). Est-il fait aussi pour l'hypothèse de communication par l'animal d'une maladie contagieuse à un tiers? La Cour de Pau, 18 novembre 1875, Sir., 77, 2, 77, l'a admis, mais dans une hypothèse où la victime était le domestique du propriétaire, qui n'avait ni prévenu son domestique ni pris les précautions exigées par les règlements de police pour éviter la contagion. La solution se rattache dès lors plutôt, par les considérants de l'arrêt, à l'art. 1382 qu'à l'art. 1385, et ne saurait servir ici de précédent suffisant. Voy. encore Amiens, 4 janvier 1873, Sir., 75, 2, 325. — Il est d'ailleurs bien entendu que nous ne visons pas ici le cas où le propriétaire de l'animal et la victime de la maladie contagieuse propagée par ce dernier seraient entre eux dans des rapports de vendeur et d'acheteur dudit animal. La question de responsabilité se poserait alors sur l'interprétation des lois du 21 juillet 1881, art. 13, modifié par la loi du 31 juillet 1895. Voy. en sens divers : Paris, 4 avril 1903, Sir., 04, 2, 156. Trib. de Dijon, 31 décembre 1901, Sir., 02, 2, 249, note critique Tissier.]

[1 *sexies*. Dommage appréciable seulement, bien entendu. Cpr. Cass., 11 novembre 1902, Sir., 03, 1, 453.]

[1 *septies*. Bourges, 7 décembre 1885, Sir., 86, 2, 107.]

[1 *octies*. Cass., 9 mars 1892, Sir., 94, 1, 239.]

[1 *nonies*. Limoges, 28 novembre 1899, Sir., 02, 2, 7. Cpr. note 1 *bis supra*, *non obstat*. Quant aux accidents qui arriveraient aux tiers dans les mêmes conditions, le propriétaire de l'animal en serait tenu tant par application de l'art. 1384 (voy. § 447, note 23) que par application de l'art. 1385.]

[1 *decies*. Cass., 3 décembre 1872, Sir., 72, 1, 402 (responsabilité de

sans préjudice, dans tous les cas où cette responsabilité pèse sur une autre personne que le propriétaire de l'animal, de la responsabilité qui peut peser sur cette personne du chef de son préposé. Art. 1384 [1] *undecies.*]

Il n'y a pas, pour l'application de cette responsabilité, de distinction à faire entre les animaux domestiques [1] et

l'artisan qui donne à l'animal les soins qu'exige son état). Paris, 13 janvier 1892, Sir., 92, 2, 200 (société concessionnaire de la garde des chevaux en stationnement près d'un marché). Seine, 28 décembre 1897, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1898, 2, 256 (maréchal-ferrant). Poitiers, 23 mars 1892, *La Loi* du 29 mars. Montpellier, 2 février 1899. Sir., 99, 2, 100 (aubergiste logeur de l'animal). Lyon, 14 juin 1900, *Mon. jud. de Lyon*, 28 novembre 1900 (maréchal ferrant). Poitiers, 7 décembre 1903, Sir., 04, 2, 99 (aubergiste) Seine, 16 février 1905. *La Loi* du 19 avril (vétérinaire). Voy. aussi en ce sens Colin et Capitant, II, 386. Cpr., mais à titre d'analogie seulement, § 406, texte et note 6. — Voy. en sens contraire Paris, 10 mars 1892, Sir., 92, 2, 255. Orléans, 10 décembre 96, Sir., 97, 2, 52. Ces arrêts limitent la responsabilité de l'art. 1385 à la seule hypothèse où l'animal a été confié à un tiers pour s'en servir. Cpr. Planiol, II, n° 919. Voy. encore dans le sens d'une exclusion plus large de l'art. 1385 : Paris, 26 octobre 1905, *Gaz. des Trib.* du 19 décembre (vétérinaire). Rennes, 19 mars 1907, Sir., 07, 2, 168 (aubergiste). Cpr. Douai, 31 mars 1903, Sir., 05, 2, 166 (aubergiste). Ce dernier arrêt est d'ailleurs peu significatif, à cause de l'absence de rémunération de l'aubergiste. — D'ailleurs, même dans la doctrine que nous formulons au texte, et qui consiste à étendre la responsabilité de l'art. 1385 aux personnes qui détiennent l'animal sans avoir à s'en servir, des difficultés très délicates sont de nature à s'élever sur le point de savoir si l'animal leur a été remis, à elles ou à leurs préposés, dans les conditions de fait qui répondent à celles de l'exercice de leur profession. Voy. par exemple : Caen, 13 avril 1897, Sir., 98, 2, 135. Agen, 13 mars 1902, Sir., 05, 2, 15. Cass., 19 janvier 1910 (deux arrêts), Sir., 10, 1, 375. Le tout, bien entendu, réserve faite de l'hypothèse où l'on relèverait une faute personnelle du propriétaire. Bourges, 19 novembre 1900, Sir., 01, 2, 6. Voy. la note 13 *bis infra.*]

[1 *undecies.* Cette responsabilité comprendrait alors la réparation de dommages que l'animal aurait faits à son propriétaire, en se blessant lui-même. Paris, 13 janvier 1892, Sir., 92, 2, 200. Dans la doctrine que nous formulons au texte, elle coexiste avec la responsabilité de l'art. 1385. Pour les personnes qui n'admettent la responsabilité de l'art. 1385, en dehors du propriétaire de l'animal, qu'à la charge de la personne qui se sert dudit animal, la responsabilité de l'art. 1384 subsiste toujours à la charge des personnes qui détiennent l'animal sans s'en servir. Paris, 10 mars 1892, Sir., 92, 2, 255.]

[1] Voy. sur la mise en fourrière des bestiaux qui, laissés à l'abandon, font des dégâts sur les propriétés d'autrui : Loi des 28 septembre-6 octobre

les animaux sauvages. C'est ainsi que le propriétaire d'une ménagerie, d'un colombier, d'un rucher, d'une garenne, ou d'un parc, est responsable du dommage causé par ses bêtes féroces, ses pigeons [2], ses abeilles en troupe [3], ses lapins [4], ou le gibier de son

1791, tit. II, art. 12, al. 1 et 2.[Loi du 21 juin 1898, art. 16, et Req. rej., 11 novembre 1902, Sir., 03, 1, 453.] — Voy. aussi le troisième alinéa du même article, qui donne au propriétaire ou fermier, le droit de tuer sur place, au moment du dégât, les volailles qui causent des dommages aux terres qu'il cultive. Cpr. sur l'étendue de ce droit : Crim. cass., 28 juillet 1855, Sir., 55, 1, 862 ; Crim. rej., 7 mai 1868, Sir., 69, 1, 186; Crim. rej., 26 décembre 1868, Sir., 69, 1, 285. [Cass., 16 janvier 1875, Sir., 75, 1, 135. Cass., 11 avril 1877, Sir., 77, 1, 472.] Ce droit n'enlève pas au propriétaire ou fermier lésé, celui de demander la réparation du dommage causé. Merlin, *Rép.*, v° Volailles, n° 1. Toullier, XI, 301. Larombière, *op. cit.* art. 1385, n° 5. Crim. cass., 11 août 1808, *Rép.*, de Merlin, *loc. cit.* [Voy. pour les volailles et pigeons, les art. 4 et 7 de la loi du 4 avril 1884 (Code rural). Planiol, II, n° 923. — La question s'est pareillement posée de savoir si le propriétaire ou fermier avait le droit de tuer sur place le chien d'autrui lorsque cet animal porte atteinte à sa propriété. Voy. en sens divers : Cass., 7 juillet 1871, Sir., 72, 1, 199. Bordeaux, 4 mars 1879, Sir., 79, 2, 102. Poitiers, 14 nov. 1879, Sir., 79, 2, 320.]

[2] Il est indifférent qu'il ait été pris ou non un arrêté pour la fermeture des colombiers, et que le dommage ait été causé pendant ou après le temps fixé pour cette fermeture. Toullier, XI, 303. Villequez, *Du droit de destruction des animaux malfaisants ou nuisibles*, n° 88.

[3] Bouniceau-Gesmon, *Dissertation sur la responsabilité des dommages causés par des abeilles*, *Revue pratique*, 1869, XXVII, p. 417. Limoges, 5 décembre 1860, Sir., 61, 2, 9.[Paris, 29 mars 1879, Sir., 79, 2, 269. La Cour de Paris reconnaît d'ailleurs à la personne lésée, le droit d'obtenir du juge qu'il prenne les mesures nécessaires pour éviter le retour de pareils dommages sur son fonds, voisin de celui où sont élevées les abeilles. Cpr. note 17 *infra*. Voy. aussi Trib. de Toulouse, 2 déc. 1904, Sir., 05, 2, 286, avec une discussion curieuse des éléments du dommage même indirect. — On rappellera d'ailleurs ici que la loi du 21 juin 1898 (Code rural, liv. I, tit. 3, art. 17) donne au maire, en pareil cas, des pouvoirs de police.]

[4] Peu importe que la garenne soit ouverte ou fermée. Le propriétaire d'un terrain, clos ou non clos, disposé pour y nourrir et y entretenir des lapins, est, d'après les art. 524 et 564, propriétaire de ceux qui s'y retirent, et, par conséquent, responsable des dégâts qu'ils causent. Toullier, XI, 307 à 315. Req. rej., 22 mars 1837, Sir., 37, 1, 298. Req. rej., 23 décembre 1846, Sir., 47, 1, 288. Req. rej., 7 mars 1849, Sir., 49, 1, 657. [Cass., 10 décembre 1877, Sir., 78, 1, 65. Cass., 29 octobre 1889, Sir., 90, 1, 53. Cass., 13 juillet 1903, Sir., 03, 1, 464. Cpr. en particulier, pour la défini-

parc [5]. [Pareillement, le propriétaire d'un chien de garde est responsable de la blessure faite à une personne qui se présentait chez lui, lors au moins que cette personne se présentait chez lui en plein jour, pour un motif plausible, et avec l'autorisation des gens de service [5] *bis*.]

Mais le propriétaire d'un bois dans lequel se sont établis des lapins, les lièvres, des sangliers, ou autres espèces de gibier, n'est pas, en vertu de l'art. 1385, responsable, [envers des tiers [5] *ter*], des dégâts, qu'ils ont occasionnés, si d'ailleurs, il n'a rien fait pour les y attirer et pour les y maintenir [6]. Seulement, pourrait-il être recherché en dommages-intérêts, par application des art. 1382 et 1383, si, pour se ménager le plaisir de la chasse, ou par négligence, il avait laissé le gibier se multiplier au point de devenir nuisible aux terres voisines, et surtout s'il avait refusé aux possesseurs de

tion de la garenne : Cass., 17 août 1880, Sir., 81, 1, 247. Cass., 1er mars 1882, Sir., 83, 1, 364. Cass., 19 mars 1883, Sir., 83, 1, 205.]

[5] Cpr. § 164, texte nº 2, et note 51.

[5 *bis*. Alger, 5 juin 1878, Sir., 80, 2, 176. Mais la solution serait différente, si les conditions de fait résumées au texte disparaissaient. Bordeaux, 6 avril 1892, Sir., 92, 2, 183. Paris, 8 juillet 1903, Sir., 04, 2, 246. Cass., 20 janvier 1904, Sir., 04, 1, 320.]

[5 *ter*. On ne confondra pas la responsabilité que nous avons ici en vue avec celle qui résulte des obligations conventionnelles du propriétaire envers un locataire auquel il a donné à bail une pièce de terre voisine du bois où vivent les lapins. Voy. sur cette hypothèse, Cass., 9 avril 1884, Sir., 84, 1, 384.]

[6] Dans de pareilles circonstances, le gibier ne saurait être considéré comme appartenant au propriétaire du terrain sur lequel il se trouve, ou comme étant en sa possession et sous sa garde. Merlin, *Rép.*, vº Gibier, § 8 ; *Quest.*, *eod. vº*, §§ 1 et 2. Toullier, *loc. cit.* Marcadé, sur les art. 1385 et 1386, nº 1. Larombière, *op. cit.*, art. 1385, nº 12. Zachariæ, § 448, note 3, *in fine*. Req. rej., 13 janvier 1829, Sir., 34, 1, 812. Req. rej., 19 juillet 1859, Sir. 61, 1, 234. Civ. cass., 4 décembre 1867, Sir 68, 1, 16. [Cass., 21 août 1871 Sir., 71, 1, 98. Cass., 11 août 1874, Sir., 75, 1, 29. Cass., 10 nov. 1875, Sir., 76, 1, 17. Cass., 31 juillet 1876, Sir., 77, 1, 176. Sens, 26 janvier 1877, Sir., 77, 2, 154. Cass., 18 juin 1878, Sir., 79, 1, 460. Cass., 5 août 1879, *ibid.* Cass., 3 février 1880, Sir., 80, 1, 454. Cass., 23 juin 1890, Sir., 91, 1, 8. Cass., 2 février 1898, Sir., 98, 1, 184. Cass., 27 décembre 1898, Sir., 99, 1, 231. Cass., 15 janvier 1900, Sir., 1900, 1, 192. Cass., 21 février 1905, Sir., 05, 1, 164.]

ces terres, la permission de le détruire[7], [qui, d'ailleurs, en elle-même, ne suffirait pas pour l'exonérer[7] *bis*. D'ailleurs, le seul fait de se réserver la jouissance exclusive de la chasse, et de la faire garder, n'est point, par lui-même, constitutif d'une faute[7] *ter*. Toutes ces règles

[7] Merlin, Toullier et Larombière, *opp. et locc. citt.* Voy. spécialement, quant aux lapins : Req. rej., 3 janvier 1810, Sir., 11, 1, 109 ; Req. rej., 14 septembre 1816, Sir., 17, 1, 377 ; Req. rej., 2 janvier 1839, Sir., 39, 1, 26 ; Req. rej., 31 décembre 1844, Sir., 45, 1, 360 ; Req. rej., 7 novembre 1849, Sir., 50, 1, 57 ; Req. rej., 10 juin 1863, Sir., 63, 1, 462. [Cass., 22 avril 1873, Sir., 78, 1, 321. Cass., 6 janvier 1874, Sir., 74, 1, 160. Cass., 18 février 1874, Sir., 74, 1, 216. Cass., 22 novembre 1875, Sir., 76, 1, 17. Cass., 10 décembre 1877, Sir., 78, 1, 65. Cass., 21 avril 1879, Sir., 79, 1, 218. Cass., 17 août 1880, Sir., 81, 1, 247. Cass., 16 mai 1881, Sir., 82, 1, 117. Cass., 1er mars 1882, Sir., 83, 1, 364. Cass., 5 juillet 1882, Sir., 83, 1, 85. Cass., 7 mai 1884, Sir., 87, 1, 15. Cass., 3 juin 1885, Sir., 86, 1, 64. Cass., 10 juillet 1889, Sir., 90, 1, 52. Cass., 29 octobre 1889, Sir., 90, 1, 53. Cass., 7 janvier 1891, Sir., 91, 1, 64. Cass., 16 février 1891, Sir., 91, 1, 384. Cass., 22 octobre 1891, Sir., 92, 1, 438. Cass., 21 octobre 1895, Sir., 96, 1, 12. Cass., 11 mai 1896, Sir., 99, 1, 230. Cass., 12 mai 1897, Sir., 97, 1, 320. Cass., 4 janvier 1899, Sir., 99, 1, 231. Cass., 1er mai 1899, Sir., 1900, 1, 219. Cass., 5 mars 1900, Sir., 00, 1, 192. Cass., 26 février 1901, Sir., 01, 1, 232. Cass., 22 mai 1901, Sir., 01, 1, 280. Cass., 8 juillet 1901, Sir., 02, 1, 87. Cass., 22 octobre 1901, Sir., 02, 1, 8. Cass., 4 décembre 1901, Sir., 02, 1, 8. Cass., 13 mai 1902, Sir., 03, 1, 16. Cass., 13 janvier 1903, Sir., 03, 1, 392. Cass., 13 juillet 1903, Sir., 03, 1, 464. Cass., 24 février 1904, Sir., 04, 1, 228. Cass., 14 mars 1905, Sir., 06, 1, 76. Cass., 22 avril 1907, Sir., 07, 1, 232. Cpr. Cass., 16 janvier 1889, Sir., 89, 1, 176. Voy. enfin, sur la rédaction des motifs : Cass., 11 mars 1902, Sir., 02, 1, 392. Cass., 22 avril 1907, Sir., 07, 1, 232.] Voy. spécialement, en ce qui concerne les sangliers : Req. rej., 17 février 1864, Sir., 64, 1, 109 ; Req. rej., 30 mai 1869, Sir., 69, 1, 463. [Cass., 5 juillet 1876, Sir., 76, 1, 377. Cass., 7 nov. 1881, Sir., 83, 1, 205. Cass., 6 mars 1893, Sir., 93, 1, 232.] Voy. sur le gibier en général : Req. rej., 24 juillet 1860, Sir., 60, 1, 715 ; Civ. rej., 25 novembre 1862, Sir., 63, 1, 75. [Cass., 19 juillet 1876, Sir., 77, 1, 176. Cpr. trib. de Langres, 26 décembre 1883, Sir., 84, 2, 151 (note Laurent). Voy. enfin, plus spécialement, pour les attributions respectives du juge du fond et de la Cour de Cassation, en ce qui concerne la constatation des faits et la qualification de la faute : Cass., 1er mars 1881, Sir., 81, 1, 469. Cass., 24 avril 1883, Sir., 83, 1, 472.]

[7 *bis*. Cass., 10 décembre 1877, Sir., 78, 1, 65.]

[7 *ter*. Cass., 15 juin 1895, Sir., 95, 1, 352. Cass., 27 décembre 1898, Sir., 99, 1, 231. Cass., 11 mars 1902, Sir., 02, 1, 392. Cass., 13 mai 1902, Sir., 1903, 1, 16. Cass., 21 février 1905, Sir., 05, 1, 164.]

s'appliquent à l'État propriétaire [7] *quater.*] Il en serait de même, au cas de location ou de cession du droit de chasse, du locataire ou cessionnaire de ce droit [7 *quinquies.* Cette règle s'applique même à l'adjudicataire du droit de chasse dans une forêt domaniale [7] *sexies.* Le tout, en tout cas, réserve faite de l'atténuation de la condamnation, si le propriétaire voisin, victime des dégâts commis par le gibier, se trouve lui-même en faute [7] *septies.*]

D'un autre côté, il importe peu, pour l'application de la responsabilité établie par l'art. 1385, que l'animal fût, au moment où il a causé le dommage, sous la garde du maître ou de ses gens, ou qu'il fût égaré ou échappé, et qu'il ait occasionné ce dommage en suivant son instinct [7 *octies*] ou en s'écartant des habitudes naturelles de son espèce [8].

La responsabilité cesse dans le cas où le dommage que l'animal a causé, n'a eu lieu que par suite d'un événement de force majeure [8 *bis*], d'une faute impu-

[7 *quater.* Cass., 16 avril 1883, Sir., 85, 1, 487. Cpr. Cass., 29 juillet 1901, Sir., 02, 1, 88.]

[7 *quinquies.* Cass., 15 janvier 1872, Sir., 72, 1, 49. Trib. de Sens, 26 janvier 1877, Sir., 77, 2, 154. Rambouillet, 9 février 1877, Sir., 77, 2, 154. Cass., 16 mai 1881, Sir., 82, 1, 117. Cass., 14 février 1882, Sir., 83, 1, 84. Cass., 24 avril 1883, Sir., 83, 1, 472. Cass., 24 décembre 1883, Sir., 84, 1, 103. Cass., 20 novembre 1888, Sir., 89, 1, 56. Cass., 21 octobre 1889, Sir., 91, 1, 63. Cass., 3 décembre 1890, Sir., 91, 1, 63. Cass., 15 juin 1895, Sir., 95, 1, 352.]

[7 *sexies.* Cass., 8 juillet 1890, Sir., 91, 1, 8. Cass., 29 juillet 1901, Sir., 02, 1, 88.]

[7 *septies.* Cass., 22 avril 1873, Sir., 73, 1, 321. Cass., 25 avril 1877, Sir., 78, 1, 107.]

[7 *octies.* Ce qui serait le cas pour un chien de chasse, toutes réserves faites d'ailleurs sur le point de savoir si le maître que ce chien accompagnait a, ou non, concouru personnellement à la quête du gibier, ce qui peut constituer un délit de chasse, et entraîner, même pour l'application de l'art. 1385, mais dans ce cas seulement, la compétence du tribunal correctionnel. Bourges, 9 juin 1882, Sir., 83, 2, 83. Bourges, 21 février 1884, Sir., 84, 2, 74.]

[8] Toullier, XI, 297. Larombière, *op. cit.*, art. 1385, n° 13. Zachariæ, § 448, texte et note 1. Paris, 24 mai 1810, Sir., 11, 2, 23.

[8 *bis.* Cass., 19 août 1878, Sir., 80, 1, 462. Cpr. Montpellier, 22 janvier 1873, Sir., 73, 2, 71.]

table à celui qui l'a éprouvée[9], [ou à l'occasion d'une opération demandée par lui[9] *bis*, ou peut-être enfin d'une responsabilité d'origine et de nature différente[9] *ter*, et la personne tenue de réparer le dommage ne peut se

[9] Toullier, XI, 316 et suiv. Larombière, *op. cit.*, art. 1385, n° 6. Zachariæ, § 448, texte et note 5. Toulouse, 5 avril 1865, Sir., 65, 2, 205. [Paris, 17 novembre 1894, Sir., 97, 2, 211. Amiens, 9 janvier 1895, *ibid.* Paris, 20 février 1896, Sir., 97, 2, 107. Caen, 13 avril 1897, Sir., 98, 2, 135. Montpellier, 2 février 1899, Sir., 99, 2, 100. Cass., 18 décembre 1899, Sir., 1900, 1, 404. Cass. 14 mai 1900, Sir., 1900, 1, 453. Bourges, 19 novembre 1900, Sir., 01, 2, 6. Cass., 11 mars 1902, Sir., 02, 1, 309. Agen, 13 mars 1902, Sir., 05, 2, 15. Cass., 29 mai 1902, Sir., 02, 1, 310. Cass., 2 juillet 1902, Sir., 02, 1, 448. Chambéry, 25 février 1903, Sir., 05, 2, 262. Cass., 28 novembre 1904, Sir., 06, 1, 488. Cass., 5 février 1906, Sir., 06, 1, 404. Douai, 19 novembre 1906, Sir., 07, 2, 63.] — Ce n'est point une faute ou une imprudence, que de chercher à arrêter ou à maîtriser un animal furieux ou échappé. Metz, 6 août 1851, 29 janvier 1862, et 19 février 1863, Sir., 63, 2, 123. Douai, 12 novembre 1864, Sir., 65, 2, 76. Paris, 21 juillet 1866, Sir., 67, 2, 220. [Chambéry, 15 janvier 1886, Sir., 86, 2, 117. Paris, 10 mars 1892, Sir., 92, 2, 255. Paris, 20 février 1896, Sir., 97, 2, 107. Comm., Seine, 3 janvier 1900, Sir., 02, 2, 217, et la note de M. Perreau. Cpr. dans le même sens, pour des hypothèses analogues : Paris, 17 novembre 1894, Sir., 97, 2, 211. Amiens, 9 janvier 1895, *ibid.* Paris, 30 janvier 1907, Sir., 08, 2, 44. Cpr. au point de vue de la rédaction des considérants de l'arrêt sur ce point : Cass., 6 août 1903, Sir., 05, 1, 377. Voyez enfin, pour la solution contraire, dans une hypothèse où la victime est intervenue en dehors de toute nécessité : Cass., 8 janvier 1894, Sir., 94, 1, 184. — L'obligation imposée aux Compagnies de chemin de fer par l'art. 4 de la loi du 15 juillet 1845, de clore les deux côtés de la voie sur toute son étendue, ne l'ayant été que dans le but exclusif d'assurer la sécurité de l'exploitation, l'insuffisance ou le défaut d'entretien de ladite clôture ne saurait constituer, à la charge de la compagnie, une faute civile, libérant le propriétaire riverain de la voie, de la responsabilité par lui encourue vis-à-vis de la Compagnie sur le fondement de l'art. 1385. Cass., 29 août 1882, Sir., 83, 1, 129. Bourges, 7 décembre 1885, Sir., 86, 2, 107. Voy. en sens contraire la note de M. Lacointa sous l'arrêt du 29 août 1882. — Le même fait étant d'ailleurs, en ce qui concerne le propriétaire, constitutif d'une contravention de grande voirie. Conseil d'État, 4 mars 1881, Sir., 82, 1, 51.]

[9 *bis*. Angers, 24 janvier 1878, Sir., 78, 2, 77.]

[9 *ter*. Responsabilité de l'État envers la victime d'un accident causé par le cheval *appartenant* à un officier, mais en service commandé : Conseil d'État, 6 décembre 1895, Sir., 98, 3, 3. Dans le cas où l'accident a lieu en dehors d'un service commandé, application de l'art. 1385, et compétence de l'autorité judiciaire. Trib. des Conflits, 18 février 1893, Sir., 95, 3, 3.]

libérer qu'en prouvant l'un quelconque de ces faits[9] *qualer*, alors d'ailleurs qu'il a été préalablement établi contre elle par la victime, que l'accident provient bien du fait propre de l'animal dont elle répond[9] *quinquies*.] Le maître de l'animal, ou celui qui s'en sert, ne serait [donc] pas admis à décliner la responsabilité qui lui incombe, en offrant simplement de prouver qu'il ne s'est rendu coupable d'aucune faute, et qu'il a fait tout ce qui lui était possible pour empêcher le dommage[10]. [Il ne pourrait pas davantage s'en exonérer conventionnellement, vis-à-vis des tiers[10] *bis*.]

[9 *quater*. Paris, 23 février 1884, Sir., 86, 2, 97, note Labbé. Cass., 27 octobre 1885, Sir., 86, 1, 33, et le rapport de M. le conseiller Michaux-Bellaire. Cass., 9 mars 1886, Sir., 86, 1, 244, et le rapport de M. le conseiller Dareste. Cass., 1er février 1892, Sir., 92, 1, 128. Cass., 8 janvier 1894, Sir., 94, 1, 184. Cass., 2 juillet 1902, Sir., 02, 1, 448. Voy. aussi les arrêts cités à la note 9.].

[9 *quinquies*. Cass., 6 mai 1901, Sir., 02, 1, 286. Cass., 29 janvier 1906, Sir., 06, 1, 235. Cass., 11 mai 1908, Sir., 08, 1, 216.]

10 Marcadé, sur l'art. 1385, n° 1. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1385, n° 9. Douai, 12 novembre 1864, Sir., 65, 2, 76. [Trib. de Bergerac, 23 août 1870, sous Bordeaux, 10 mars 1874, Sir., 74, 2, 252. Cass., 27 octobre 1885, Sir., 86, 1, 33. Cass., 16 mai 1887, Sir., 88, 1, 73 (où la preuve même que le propriétaire a fait tout le possible pour éviter le dommage exclut toute idée que l'accident puisse être attribué à la force majeure.] Voy. en sens contraire : Sourdat, II, 1101 ; Colmet de Santerre, V, 366 *bis*, II. Cpr. aussi : Montpellier, 23 juillet 1866, Sir., 67, 2, 220. [Cass., 23 décembre 1879, Sir., 80, 1, 463. Bourges, 14 mars 1881, Sir., 82, 2, 58. Dijon, 12 avril 1881, *ibid.* Paris, 17 mars 1881, Sir., 86, 2, 97 (note approbative Labbé). Trib. Chambéry, 28 mars 1885, Sir., 86, 2, 117. Chambéry, 15 janvier 1886, Sir., 86, 2, 117. Chambéry, 8 juin 1886, Sir., 86, 2, 197. Trib. de Moulins, 8 janvier 1887 (motifs), Sir., 87, 2, 173.] Cette dernière opinion se réfute par la considération que la responsabilité prononcée par l'art. 1385 est absolue, et que, si elle repose sur une présomption de faute, cette présomption, analogue à celle qui sert de base à l'art. 1733, ne peut fléchir que devant la preuve d'un cas fortuit, ou d'une faute imputable à celui qui a éprouvé le dommage. [Nous n'avons d'ailleurs cité l'arrêt de la Cour de cassation du 23 décembre 1879 qu'à cause de certains de ses considérants. Nous en approuvons la solution, s'agissant d'un accident causé par un cheval vicieux au cocher qui le conduisait sans les précautions ni l'habileté nécessaires, et qui avait, d'autre part, entretenu, par ses propos, l'ignorance et la confiance de son maître, le propriétaire du cheval.]

[10 *bis*. Cpr. § 447, texte et note 38 *quinquies*. Cpr. aussi la note 1 *ter supra*. — Il le pourrait, vis-à-vis de ses préposés, pour les accidents qui pour-

Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, ne peut se soustraire à l'obligation de réparer le dommage qu'il a causé en offrant d'abandonner cet animal [11].

La responsabilité du dommage causé par un animal ne pesant que d'une manière alternative [11 *bis*] sur le maître de cet animal ou sur la personne qui s'en sert [11 *ter*], on doit, en général, admettre que la partie lésée ne peut, même au cas d'insolvabilité de celui qui a l'usage de l'animal, exercer son action en réparation contre celui qui en est propriétaire [12]; et que, d'un autre côté, le premier ne jouit contre le second d'aucun recours en garantie. Il en serait autrement cependant, sous l'un et l'autre de ces rapports, si, un animal étant sous la garde d'une personne qui n'avait sur lui qu'un droit personnel d'usage ou de jouissance, le dommage causé se trouvait être le résultat des vices de cet animal [13], [ou d'une faute personnelle du propriétaire [13] *bis*. Pareillement, le propriétaire de l'animal serait lui-même, dans

raient leur arriver à eux-mêmes, tout au moins si l'exonération par lui prétendue résultait de l'ensemble de ses arrangements avec eux. Cass., 30 décembre 1907, Sir., 09, 1, 377, note Charmont.]

[11] D'après le Droit romain, dont plusieurs coutumes avaient, sous ce rapport, adopté les dispositions, le propriétaire d'un animal qui avait causé du dommage, pouvait, dans certains cas, offrir d'abandonner l'animal pour toute réparation. Il est généralement reconnu que cette faculté n'existe plus. Merlin, *Rép.*, v° Quasi-délit, n° 9. Toullier, XI, 298. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1385, n° 14. Zachariæ, § 448, texte et note 4.

[11 *bis*. Cass., 4 janvier 1893, Sir., 93, 1, 80. Limoges, 28 novembre 1899, Sir., 02, 2, 7. Poitiers, 7 décembre 1903, Sir., 04, 2, 99.]

[11 *ter*. Voy. en ce sens Cass., 13 août 1877, Sir., 79, 1, 472.]

[12] [Cpr. Civ. rej., 4 janvier 1893, Sir., 93, 1, 80.] L'art. 12, tit. II, de la loi des 28 septembre-6 octobre 1791, statue en sens contraire pour les dégâts causés dans les champs ; mais nous ne pensons pas que cette disposition puisse être étendue, par voie d'analogie, à des dommages d'une autre nature. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1385, n° 1.

[13] Sous cette double condition, l'action en réparation, formée contre le maître de l'animal, trouverait sa justification dans les art. 1382 et 1383, et le recours en garantie dirigé contre lui dans les art. 1721 et 1891. Cpr. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1385, n° 2.

[13 *bis*. Cass., 3 décembre 1872, Sir., 72, 1, 402. Dijon, 13 novembre 1893, Sir., 94, 2, 110. Montpellier, 2 février 1899, Sir., 99, 2, 100. Cpr. Caen, 13 avril 1897, Sir., 98, 2, 135.]

ces deux derniers cas, responsable envers la personne à qui il aurait confié la garde dudit animal, de l'accident survenu [13] *ter.*]

2° Le propriétaire [[13] *quater*] d'un bâtiment est responsable, envers les voisins et les passants [14], du dommage que peut leur avoir causé la ruine de ce bâtiment, [y compris ce qui y est incorporé [14] *bis*], lorsqu'elle est arrivée par suite du défaut d'entretien [[14] *ter*], ou par le vice de sa construction, [même inconnu de lui [14] *quater*, au jour de l'accident [14] *quinquies*], sauf, dans

[[13] *ter*. Voy. comme application, Cass., 13 déc. 1893, Sir., 94, 1, 176.]

[[13] *quater*. Notamment l'ancien propriétaire qui l'est redevenu par la résolution, avec effet rétroactif, de l'aliénation par lui consentie. Req., 14 décembre 1896, Sir., 98, 1, 137 (hypothèse de folle enchère), note critique de M. Bressoles, qui, se plaçant un peu arbitraitement ici (ruine du bâtiment résultant d'un vice *ancien* de construction, cpr. § 446, note 10) dans la doctrine où l'on ramène la disposition de l'art. 1386 à une présomption de faute, n'a pas de peine à montrer le caractère irrationnel de l'application de cette présomption à l'ancien propriétaire, qui n'a eu, dans l'intervalle de l'adjudication à la résolution par voie de folle enchère, aucun moyen de surveiller l'immeuble et d'en prévenir l'écroulement.]

[14] Le propriétaire d'un bâtiment loué ou soumis à un usufruit, dont la chute aurait causé dommage au locataire ou à l'usufruitier, pourrait, le cas échéant, être également responsable envers ces derniers. Mais cette responsabilité, d'une nature contractuelle, et dont les effets se déterminent d'après les règles relatives aux conventions intervenues entre les parties, est étrangère à la théorie de la responsabilité, purement légale, dont nous nous occupons actuellement. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1386, n° 3. [Cpr. Req., 4 juillet 1905, Sir., 06, 1, 230.]

[[14] *bis*. Civ. cass., 19 avril 1887, Sir., 87, 1, 217. Nancy, 21 mars 1896, Sir., 96, 2, 235. Cpr. cep. Req., 3 juin 1904, Sir., 05, 1, 189 (substitution de la responsabilité du locataire à celle du propriétaire, sur le fondement de l'art. 1384, al. 1 *in fine*).]

[[14] *ter*. La vétusté de la machine incorporée au bâtiment, qu'un industriel vigilant eût dû remplacer, équivaut au défaut d'entretien visé au texte. Nancy, 21 mars 1896, Sir., 96, 2, 235.]

[[14] *quater*. Rouen, 19 juillet 1872, Sir., 72, 2, 149.]

[[14] *quinquies*. L'ascenseur, de construction irréprochable au jour de la construction de la maison qu'il dessert, en ce sens qu'il est pourvu de tous les perfectionnements connus à cette date, peut être considéré cependant comme entaché d'un vice de construction, si, au jour de l'accident dont il est la cause, de nouveaux perfectionnements ont été imaginés, qui auraient pu y être adaptés dans l'intervalle, et dont l'adjonction eût

ce dernier cas, son recours, s'il y a lieu [[14]] *sexies*, soit] contre l'architecte ou l'entrepreneur, [soit contre le vendeur qui lui aurait laissé ignorer ce vice de construction [[14]] *septies*.] Art. 1386. [Le défaut d'entretien ou le vice de construction s'apprécient eu égard à la destination qu'avait reçue la partie du bâtiment à la ruine de laquelle est dû le dommage à réparer [[14]] *octies*.]

[On entend par bâtiment, au sens et pour l'application de l'art. 1386, toute érection, même temporaire [[14]] *nonies*, de choses inanimées [[14]] *decies*, impliquant assemblage réfléchi de matériaux [[14]] *undecies*.]

rendu impossible ledit accident. Req., 29 mars 1897, Sir., 98, 1, 65, note critique de M. Esmein sur cette conception du vice de construction *postérieur* à la construction elle-même. Cpr. la solution donnée à la note 14 *ter supra*. — On rapprochera également de cet arrêt un autre arrêt du 1er février 1893, Sir., 96, 1, 487, visant la responsabilité de l'usinier en conséquence de l'écroulement, par suite de la foudre, d'une cheminée d'usine ancienne, non pourvue d'un paratonnerre.]

[[14]] *sexies*. Cpr. Cass., 29 mars 1897, Sir., 98, 1, 65, et la note Esmein.]

[[14]] *septies*. Rouen, 19 juillet 1872, Sir., 72, 2, 149. On peut se demander comment se combinent ces deux sortes de responsabilité. L'arrêt de la Cour de Rouen est muet sur ce point.]

[[14]] *octies*. Nancy, 5 janvier 1907, Sir., 07, 2, 159. Cpr. Paris, 17 janvier 1905, Sir., 05, 2, 301. (Cet arrêt vise les rapports de propriétaire à locataire, rapports auxquels ne s'applique pas la disposition de l'art. 1386. Voy. la note 14 *supra*. Aussi ne l'indiquons-nous ici qu'à raison de l'hypothèse qu'il a pour objet, et qui est de nature à se présenter aussi bien pour des tiers que pour le locataire).]

[[14]] *nonies*. Douai, 16 déc. 1896, Sir., 97, 2, 126 (pile de bois). Douai, 13 mai 1902, Sir., 04, 2, 44 (échafaudage). Ces deux arrêts visent cumulativement les art. 1384 et 1386. La Cour de cassation (Req. 1er juillet 1878, Sir., 79, 1, 423, hypothèse d'éboulement de déblais) et le tribunal de Marseille (29 juillet 1903, Sir., 04, 2, 87, hypothèse de chute de châssis d'affiches électorales), ne visent que l'art. 1384 : sous ce point de vue, ces arrêts se rattachent plutôt à la jurisprudence analysée à la note 18 *bis infra*.]

[[14]] *decies*. L'art. 1386 ne s'applique donc pas à une chute d'arbre. Cpr. en sens divers : Paris, 20 août 1877, Sir., 78, 2, 48. Grenoble, 10 février 1892, Sir., 93, 2, 205. — La question s'est posée pour les poteaux Conseil d'État, 10 mars 1876, Sir., 78, 2, 124. Toulouse, 9 février 1910, Sir., 10, 2, 275 (applique seulement l'art. 1384, 1° al. *in fine*).]

[[14]] *undecies*. Je me sers de cette formule très générale, qui comprend non seulement les bâtiments de caractère immobilier, mais même les constructions de caractère mobilier du genre de celles que visent les

La responsabilité dont s'agit pèse sur le propriétaire [dès l'acquisition qu'il a faite[14] *duodecies*], alors même que le bâtiment est soumis à un droit d'usufruit, sauf le recours de ce dernier contre l'usufruitier, dans le cas où il parviendrait à établir que la ruine est la suite du défaut de réparations usufructuaires, et dans celui où l'usufruitier, connaissant le danger de ruine, aurait négligé de l'en avertir [15].

[Cette responsabilité pèse solidairement sur les différents copropriétaires du bâtiment [15] *bis* et notamment du mur mitoyen.]

arrêts analysés à la note 14 *nonies supra*, parce que la jurisprudence de ces trente dernières années a manifestement cherché, sur bien des points, à étendre l'application de l'art. 1386 à des hypothèses qui paraissent, à première vue, étrangères à la lettre du texte. On est allé jusqu'à l'appliquer à la chute d'une armoire à glace : Paris, 11 mai 1904, Sir., 07, 2, 124. Et cependant la Cour de cassation s'est refusée, par deux fois, à l'appliquer aux navires, à raison de leur caractère mobilier : Req., 30 mars 1897, Sir., 98, 1, 65, Req., 2 avril 1901, Sir., 05, 1, 134. MM. Colin et Capitant II, 389, font justement observer que ces applications un peu excentriques, si l'on peut ainsi parler, de l'art. 1386, à des constructions sans caractère immobilier, s'expliquaient, il y a plusieurs années, par la réserve des tribunaux à appliquer la disposition finale du 1er alinéa de l'art. 1384, à la responsabilité des dommages causés aux tiers par des choses quelconques autres que des bâtiments. Ils cherchaient alors à étendre le plus possible la signification de l'art. 1386. — Aujourd'hui, la jurisprudence a bien changé, et l'on se sert couramment de la disposition finale de l'art. 1384 pour sanctionner la responsabilité du propriétaire d'une chose quelconque, autre qu'un bâtiment, en dehors de toute faute démontrée du propriétaire de cette chose. Voy. la note 18 *bis infra*. L'interprétation de l'art. 1386 reprendra donc vraisemblablement ses anciennes limites, mais il est cependant permis de penser qu'il serait téméraire, et même peu équitable, d'en conclure que cette disposition est exclusivement faite pour les bâtiments de caractère immobilier. La lettre du texte ne distingue pas entre les immeubles et les meubles, et comme l'explication rationnelle de cette responsabilité d'un caractère très spécial ne peut être cherchée que dans cette particularité, que le dommage résulte ici du fait de la construction ou de son entretien, il n'y a aucune raison de distinguer en principe entre la construction de caractère mobilier et la construction de caractère immobilier.]

[14 *duodecies*. Toulouse, 25 mai 1892, Sir., 92, 2, 221.]

15 Toullier, XI, 317. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1386, n° 2. Cpr. Proud'hon, *De l'usufruit*, IV, 1724.

[15 *bis*. Toulouse, 25 mai 1892, Sir., 92, 2, 221.]

[Elle pèse incontestablement sur l'État, et sur la commune, pour les biens qui dépendent de leur domaine privé [15] *ter*. Mais en ce qui concerne les biens dépendant du domaine public, il semble que les difficultés qui se sont élevées sur l'application de l'art. 1384 à l'État, au département et à la commune [15] *quater*, doivent se reproduire ici. Il n'en a rien été jusqu'à présent, et la jurisprudence, tant des juridictions de l'ordre administratif que de celles de l'ordre judiciaire, a fait l'application de l'art. 1386 à l'État [15] *quinquies*, au département [15] *sexies*, et à la commune [15] *septies*. Il paraît cependant difficile, en présence de la jurisprudence nouvelle qui a été analysée au § 447, et d'où il résulte que le système de responsa-

[15 *ter*. Voy. pour le domaine privé de l'État, § 447, texte et note 18 *decies*, et l'arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation, du 12 juin 1901, qui y est cité. La solution de l'arrêt n'est pas fondée sur l'art. 1386, mais la doctrine qu'elle suppose conduirait incontestablement, le cas échéant, à l'application de l'art. 1386. — Je ne puis indiquer de référence pour le domaine privé du département, mais pour la commune, je renverrai à un arrêt de la Chambre des requêtes, du 28 février 1899, Sir., 99, 1, 400, concernant l'éboulement d'une cave, propriété privée de la commune, construite dans le sous-sol d'une voie dépendant du domaine public. C'est du moins ainsi que je crois pouvoir interpréter les faits de l'arrêt, aucune question de domanialité publique n'ayant d'ailleurs été soulevée par les parties].

[15 *quater*. Voy. § 447, texte et notes 18 *bis* et suiv.]

[15 *quinquies*. Trib. des Conflits, 24 mai 1884, Sir., 86, 3, 17, (en considérant l'immeuble visé dans l'arrêt comme faisant partie du domaine public). Il est à peine besoin de faire observer que nous raisonnons ici en vue de la définition qui a été donnée des biens du domaine public au § 169 et de la doctrine que cette définition suppose. Nous n'avons à revenir à cette place ni sur cette définition, ni sur cette doctrine. Cpr. Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 7e éd., 1913 n° 407.]

[15 *sexies*. Req. 23 février 1897, Sir., 98, 1, 65, note Esmein, (même observation qu'à la note précédente). — Le commodat (voy. § 391, note 1) intervenu entre le département et les organisateurs de la fête interrompue par la ruine du bâtiment est *res inter alios acta* pour les victimes, et il n'y a pas lieu pour elles d'en invoquer les obligations contre le département. Voy. cep. l'argument suggéré par M. Esmein et fondé sur l'art. 1121, à la col. 3 de la page 66.]

[15 *septies*. Civ. rej., 9 février 1874, Sir., 74, 1, 266. Conseil d'État, 6 août 1893, Sir., 95, 3, 76. Grenoble, 10 février 1892. Sir., 93, 2, 205.]

bilité civile des art. 1382 et suiv., n'est pas fait pour l'État, le département, et la commune, envisagés comme tels et abstraction faite de leur qualité de propriétaires, de maintenir l'application exceptionnelle et isolée de l'art. 1386 aux biens du domaine public. Il semble qu'il ne puisse s'agir pour la victime, dans l'hypothèse de la ruine d'un bâtiment dépendant du domaine public, que d'une action en indemnité contre l'État, le département ou la commune, fondée sur une faute du service dont relève l'entretien de l'immeuble écroulé, et de la compétence des juridictions administratives.]

[La victime du dommage n'est tenue de prouver que le vice de construction ou le défaut d'entretien du bâtiment [15] *octies*, et le rapport de cause à effet de l'un quelconque de ces faits avec le préjudice qu'elle a subi. Elle n'a pas à établir une autre faute quelconque du propriétaire, et réciproquement, le propriétaire ne saurait s'exonérer de la responsabilité par lui encourue en prouvant qu'il n'a pu empêcher la ruine du bâtiment ou la chute de ce qui y était incorporé [15] *nonies*. Il n'échappe à la responsabilité susvisée qu'en prouvant que l'accident est dû soit à un cas fortuit ou à la force majeure [15] *decies*, soit à une faute de la victime.]

La disposition de l'art. 1386 est étrangère à l'hypothèse où la ruine du bâtiment est arrivée dans le cours de sa construction ou reconstruction [16]. Mais si le propriétaire avait lui-même dirigé les travaux, ou si, après les avoir confiés à un entrepreneur ou à un architecte, il s'en était réservé la surveillance, il pourrait être déclaré responsable du dommage que sa ruine a causé, par application, soit des art. 1382 et 1383, soit de l'art. 1384.

Le propriétaire d'un héritage contigu à un bâtiment,

[15 *octies*. Cass., 19 avril 1887, Sir., 87, 1, 217.]

[15 *nonies*. Cass., 19 avril 1887, Sir., 87, 1, 217. Toulouse, 25 mai 1892, Sir. 92, 2, 221. Nancy, 21 mars 1896, Sir., 96, 2, 235.]

[15 *decies*. Toulouse, 25 mai 1892, Sir., 92, 2, 221. Cpr. Cass., 28 février 1899, Sir., 99, 1, 400. Cass., 1 février 1893, Sir., 96, 1, 487.]

16 Lyon, 20 janvier 1863, Sir., 64, 2, 1. Voy. cep. Delvincourt, III, p. 452 ; Larombière, *op. cit.*, V, art. 1368, n° 3 ; Zachariæ, § 448, note 9.

n'a pas le droit, sous prétexte que ce bâtiment menace ruine, de demander à celui auquel il appartient, une caution pour le dommage éventuel que pourra causer sa chute [17]. Il n'est pas davantage admis à l'actionner pour le faire condamner, soit à réparer, soit à démolir l'édifice [18].

[3° En dehors des deux hypothèses qui viennent d'être examinées, et qui sont respectivement régies par les art. 1385 et 1386, le propriétaire d'une chose n'est pas, pour cette seule raison, et abstraction faite de toute faute personnelle de sa part ou de la part des personnes

[17] La caution *damni infecti* du Droit romain, dont le but était de procurer au voisin menacé, une action en réparation du dommage que pourrait lui causer la chute du bâtiment, n'aurait plus d'objet en Droit français, puisque l'art. 1386 lui accorde de plein droit une action en dommages-intérêts pour la réparation de ce dommage. Cpr. L. 6, D. *de dam. inf.* (39, 2). Voy. cep. Loi du 21 avril 1810, sur les mines, art. 15.

[18] Cette action qu'autorisait notre ancien Droit, nous paraît implicitement repoussée par l'art. 1386, qui ne la rappelle pas, et qui se borne à ouvrir une action en réparation du dommage déjà causé. C'est d'ailleurs ce qui résulte formellement des explications données par Bertrand de Greuille, dans son *Rapport au Tribunat* (Locré, *Lég.*, XIII, p. 43, n° 16). Les rédacteurs du Code ont pu craindre que l'admission, en cette matière, d'une action préventive, ne donnât lieu à des contestations trop fréquentes, souvent vexatoires, et d'une solution plus ou moins arbitraire. Ils paraissent, d'un autre côté, avoir été déterminées par la considération que les intérêts des voisins, comme ceux du public en général, se trouvaient suffisamment garantis par la surveillance de la police, et par le pouvoir accordé à l'administration d'ordonner la réparation ou de démolition des édifices menaçant ruine. Voy. Code pénal, art. 471, n° 5. Duranton, XIII, 729. Sirey, *Dissertation*, Sir., 25, 2, 290. Devilleneuve et Carette. *Dissertation*, *Coll. nouv.*, VIII, 2, 50. Zachariæ, § 448, note 9, Bruxelles, 17 mars 1825, Sir., 25, 2, 239. Cpr. Angers, 9 février 1849, Sir., 49, 2, 277.; Crim. cass., 14 août 1845, Sir., 46, 1, 32. Voy. en sens contraire : Maleville, III, p. 192 : Henrion de Pansey, *Compétence des juges de paix*, chap. 38 ; Merlin, *Rép.*, v° Bâtiment, n° 3 ; Larombière, *op. cit.*, V, art. 1386, n° 8. Cpr. aussi : Rennes, 23 mars 1843, Sir., 44, 2, 204. — Du reste, il ne faut pas confondre l'hypothèse dont il est actuellement question, avec celle où le propriétaire d'un héritage se trouverait exposé à un dommage éventuel, par le fait de constructions ou de travaux entrepris sur un fonds voisin. Un pareil fait, qui constituerait un usage abusif du droit de propriété, autoriserait l'introduction d'une action possessoire ou pétitoire, tendant à prévenir le dommage qui pourrait résulter de ces constructions ou de ces travaux. Voy. § 198, texte, notes 3 et 4 ; § 746.

dont il répond, responsable des dommages causés aux tiers par l'usage de cette chose [18] *bis*.]

[[18] *bis*. La jurisprudence paraît, sur ce point, extrêmement confuse. — La Cour de cassation, pendant très longtemps, s'en est tenue à l'application pure et simple des art. 1382 et 1383, la victime ne pouvant réussir qu'en faisant, conformément à ces textes, la preuve d'une faute du propriétaire. Civ. rej., 19 juillet 1870, Sir., 71, 1, 9. Req. 6 février 1878, Sir., 79, 1, 256. La doctrine contraire s'est dessinée d'abord dans la jurisprudence des cours d'appel : voy. not. Grenoble, 10 février 1892, Sir., 93, 2, 205. Dijon, 26 déc. 1895, Sir., 96, 2, 48. Rennes, 26 juillet 1906, Sir., 07, 2, 16. Toulouse, 9 février 1910, Sir., 10, 2, 275. Cette doctrine consiste essentiellement à attacher à la disposition finale du premier alinéa de l'art. 1384, la valeur d'une disposition indépendante, de caractère général, nettement distincte des art. 1385 et 1386. (On considérait au contraire autrefois, cette disposition finale de l'art. 1384, comme une simple disposition de renvoi aux art. 1385 et 1386 : voy. en ce sens les observations très justes de M. Esmein, solidement appuyées sur les références aux *Lois civiles* de Domat et au *Droit commun de la France* de Bourjon, sous l'arrêt de la Chambre des requêtes du 25 mai 1908, Sir., 10, 1, 17). Dans cette doctrine nouvelle, la responsabilité du fait des choses (autres que les animaux, art. 1385, et les bâtiments, art. 1386) reste bien une responsabilité fondée sur la faute (voy. cependant les formules inquiétantes d'un arrêt de Chambéry, 12 juillet 1905, Sir., 06, 2, 46), mais en ce sens que le texte de l'art. 1384 *in fine* établit à la charge du propriétaire de la chose une présomption de faute, présomption de faute de caractère original, moins rigoureuse que celle des art. 1385 et 1386, en ce sens qu'elle admet la preuve contraire, plus rigoureuse à un autre point de vue que celle de l'art. 1386, en ce sens que la victime n'a pas à faire la preuve préalable du défaut d'entretien ou du vice de construction de la chose. Quoi qu'il en soit de ces comparaisons et surtout de la subtilité inexplicable de ces différences rationnellement injustifiées, la grande difficulté, au bout de cette analyse, est de savoir quelle est la mesure de la preuve à fournir par le propriétaire pour s'exonérer de cette responsabilité véritablement divinatoire. Les arrêts précités de Grenoble, de Dijon, de Rennes et de Toulouse, paraissent exiger la preuve du cas fortuit, de la force majeure ou de la faute de la victime. La cour de Paris (26 février 1909, Sir., 10, 2, 23) et la Chambre des requêtes (25 mars 1908, Sir., 10, 1, 17) se contentent de la preuve de l'absence de faute. La même chambre des requêtes (30 mars 1897, Sir., 98, 1, 65), paraissant se placer, au moins au début de la rédaction de son arrêt, sur le terrain de l'art. 1386, s'en est tenue à la preuve de la bonne construction et du bon entretien de la chose. La preuve de l'absence de faute nous paraît, en tous cas, suffisante. Cpr. Req., 29 avril 1913, Dall., 1913, 1, 427. Planiol, II, n° 931.]

TABLE DES TEXTES

DU CODE CIVIL ET DES LOIS COMPLÉMENTAIRES

ANALYSÉS OU EXPLIQUÉS

DANS LE TOME SIXIÈME

CODE CIVIL

Articles	Paragraphes.	Pages.
530	397.	122
792	385 . . 52,	53
829	385 . . 52,	53
841	385 . . 52,	53
856	385 . . 52,	53
1131	442 *bis*. . .	321
1133		
1146	445	352
1150		
1151		
1153		
1165	383	39
1216	427	234
1220	398	123
1235	442	306
1251	428	239
1281	429	240
1294	426	229
1370	440	292
1371		
1372	441	296
1373		
1374		
1375	441	299
1376	442 . 303,	306
1377	442 . 303,	312
1378	442	315
1379	442	316
1380	442	316
1381	442	317
1382	443 et suiv.	327
1383	446 et suiv.	366
1384	447	375
1385	448	423
1386	448	433
1431	427	238
1617	380	29
1619		
1740	426	224
1832	377	2
1833	377 . . 5,	6
1834	377	16
1835	379	20
1836	379	20
1837	379	21
1838	379	21
1839	379	22
1840	379	22
1841	379	23
1842	379	23
1843	377	3
1844	384	49
1845	380 . . 27,	28
1846	380	27
1846	381 *bis*. . .	35
1847	380	27

Articles.	Paragraphes.	Pages.
1848	380	29
1849	380	29
1850	380	28
1851	385	51
1852	381	32
1853	377	9
1853	380	29
1853	381	30
1854	381	31
1855	377	9
1856	382	36
1856	416	185
1857	382	37
1858	382	37
1859	381 *bis*.	35
1859	382 . . 37,	38
1860	382	38
1861	381	32
1862	383	40
1863	383	40
1865 / 1866	384 43, 44, 46,	48
1867	384 . . 44,	45
1868	384	47
1869 / 1870	384	50
1871	382	38
1871	384	50
1872	385	52
1875	391	96
1876	391	96
1877	391	96
1878	391	97
1879	393	100
1880	392	98
1881	392	98
1882	392	99
	403	131
1883	392	99
1884	392	98
1885	392	99
1886	393	100
1887	392	99
1888	391	96
1889	393	100
1890	393	100
1891	393	101

Articles.	Paragraphes.	Pages.
1892	394	102
1893 / 1894	394	102
1895 à 1897	394	102
1898	395	103
1899	395	103
1900	395	103
1902	395	103
1903 / 1904	395	104
1905	394	103
1905	396	105
1906	396	106
1907	396	106
1908	396	106
1909	387	80
1909	394	103
1909	397	122
1910	387	80
1911	398	123
1912	398	125
1913	398	126
1915 / 1916	400	126
1917 à 1919	401	126
1920	401	128
1922	402	129
1923	402	130
1924	402	130
1925	402	128
1926	402	129
1927 / 1928	403	131
1928	401	127
1929	403	131
1930 / 1931	403	132
1932	401	126
1932	403	132
1933	403	133
1934	403	137
1935	403	132
1936	403	134
1937	403	135
1938	403	136
1939 à 1941	403	135
1942 à 1944	403	136

Articles.	Paragraphes.	Pages.
1944	401	126
1945	403	136
1946	403	137
1947	404	138
1947	434	282
1948	404	138
1949	401	128
1950	405	140
1951	405	139
1952	401	128
	406	140
1953	406	142
1954	406	143
1955	407	145
1956	407	145
1956	408	146
1957 à 1959	408	145
1960	408	146
1961	409 . 147,	148
1965	386	66
1966	386	69
1967	386 . . 66,	70
1968	388	81
1969	388	81
1970		
1971 à 1973	388	82
1974	388	83
1975		
1976	388	87
1977	389	88
	390	90
1978	389	88
1978	390	93
1979	390	95
1980	389	88
1980	390	89
1981	388	87
1983	389	89
1984	410	153
1985	411 . 158,	161
1986	410	156
1987	412	164
1988	412 . 164,	165
1989	412	166
1990	411	163
1991	413	168
	416	188

Articles.	Paragraphes.	Pages.
1992	413 . 167,	169
1994	413 . 147,	175
1995	413	171
1896	413 . 170,	171
1896	441	297
1997	415	184
1998	415 . 181,	183
1999	414 . 177,	178
2000	414	177
2001		
2002	414	180
	441	299
2003	416	185
2004		
2005	416	189
2006	416	187
2007	416	187
2008	416	189
2009		
2010	416	188
2011	423	214
2012	424 . 219,	220
2013	423	215
2014	423	214
2015	424 . 219,	220
	426	223
2016	426	223
2017	426	232
	429	250
2018	425	221
2018	425	222
2019	425	222
2020	425	222
2021	426	226
		228
2022	426	226
2023	426 . 227,	228
2024	426	228
2025	426	230
2026	426 . 230,	231
2027	426	231
2028	427	236
2029	427	232
2030		
2031	427 . 236,	237
2032	427	238
2033	428	239

Articles.	Paragraphes.	Pages.
2034	429	241
2035	429	242
2036	424	220
2036	426	229
2037	429	245
2038	429	240
2039	429	249
2040	425	221
2041	425	223
2042, 2043	426	226
2044	418	191
2044	420	197
2045	420 . 194,	195
2048	421	203
2049, 2050	421	202
2051	421	201
2052	421	201
2052	422	210
2053	422	210
2054	422	211
2055	422	212
2056	422	212
2057, 2058	422	213
2071, 2072	430	251
2073	431	251
2074	432 . 256,	258
2075	432	261
2076	431	251
2076	432	267
2077	431	251
2078	434	279
2079	434	282
2080	434	282
2081	434	282
2082	434	276
2082	435	283
2083	434	277
	438	286
2084	433	270
2085	436	284
2085	437	285
2085	438	287
2086	438	287
2086	439	290
2087	439	290
2088	438	288
2090	438	286
2091	438	289
2250	429	242
2277	390	95
2279, 2280	432	270

CODE DE PROCÉDURE CIVILE

581	388	87
596 à 598	409	150
742	438	288

CODE DE COMMERCE

91	433	272

CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE

2	445	355
4	445	361

LOIS COMPLÉMENTAIRES

3 sept. 1807	396	109
15 juin, 1er juil.		
19 déc. 1850	396	109
23 mars 1855	437	286
19 juin 1857	433	275
28 mai 1858	433	275
28 mai 1858	434	281
28 mars 1885	386 . 72,	77
12 janv. 1886	396	110
1er août 1893	379	23
1er mars 1898	432	255
9 avril 1898	447	400
13 avril 1898	396	110
1er juil. 1901	385 *bis*	54
17 mars 1909	432	262
17 mars 1909	434	278
22 nov. 1913	379	25

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES

DANS LE SIXIÈME VOLUME

DROIT CIVIL THÉORIQUE FRANÇAIS

SUITE DE LA SECONDE PARTIE. — LIVRE PREMIER

DEUXIÈME DIVISION

Titre second. — Des droits personnels proprement dits.

§§		Pages.
377	Notion du contrat de société.	1
378	De la forme du contrat de société. — De son objet. — Des conditions requises pour rendre opposables aux tiers les conventions concernant les apports respectifs des associés	15
379	Des différentes espèces de sociétés	20
380	Des obligations des associés entre eux	27
381	Des droits des associés les uns envers les autres.	30
381 *bis*	Des droits des associés, et de leurs créanciers personnels, sur le fonds commun.	33
382	De l'administration des affaires sociales . . .	35
383	Des obligations des associés à l'égard des tiers. — Du concours des créanciers sociaux et des créanciers personnels de chaque associé .	39
384	Des différentes manières dont finit la société .	43
385	Du partage du fonds social après la dissolution de la société	51

§§		Pages.
385 *bis*	Du contrat d'association.	54
	2. Des contrats aléatoires.	
386	*a.* Du jeu et du pari.	65
	b. Du contrat de rente viagère.	
387	Notion des rentes viagères.	79
388	De la constitution des rentes viagères.	81
389	Des droits et des obligations qui résultent du contrat de rente viagère.	88
390	Des différentes manières dont s'éteint l'obligation de servir une rente viagère, et dont se résout le contrat de constitution	89
	B. Des contrats imparfaitement synallagmatiques.	
	a. Du commodat ou prêt à usage.	
391	Notion du commodat. — Des conditions essentielles à l'existence de ce contrat, et de celles qui sont nécessaires à sa validité . .	95
392	Des obligations de l'emprunteur	98
393	Des obligations du prêteur.	100
	b. Du prêt de consommation.	
	α. Du prêt de consommation en général.	
394	De l'essence de ce contrat. — Des conditions requises pour sa validité. — De ses différentes divisions.	101
395	Des obligations qui naissent du prêt de consommation.	103
396	β. Du prêt à intérêt.	104
	γ. De la constitution de rente.	
397	Des rentes perpétuelles en général.	122
398	Des rentes constituées.	122
	c. Du dépôt.	
400	Du contrat de dépôt en général.	126
	α. Du dépôt proprement dit.	
401	Notion et division de ce contrat.	126
	(1) Du dépôt volontaire.	
402	Des conditions de la validité de ce contrat. . .	128
403	Des obligations du dépositaire	131
404	Des obligations du déposant.	138
405	(2) Du dépôt nécessaire	139

§§		Pages.
406	(3) Des dépôts faits dans les hôtelleries. . . .	140
	β. Du séquestre.	
407	Notions générales.	145
408	Du séquestre conventionnel	145
409	Du séquestre judiciaire	146
	d. Du mandat.	
410	Notion du mandat	153
411	Des conditions de la validité du mandat. . . .	158
412	Des diverses espèces de mandats sous le rapport de leur étendue.	164
413	Des obligations du mandataire	167
414	Des obligations du mandant	176
415	Des rapports du mandant et du mandataire avec les tiers	180
416	Des différentes manières dont le mandat prend fin.	185
	II. Des contrats de garantie.	
417	Des contrats de garantie en général.	190
	1. De la transaction.	
418	Notion de ce contrat. — Des conditions essentielles à son existence.	190
419	De la division des transactions en judiciaires et extrajudiciaires	193
420	Des conditions requises pour la validité des transactions	194
421	Des effets des transactions.	201
422	Des causes de nullité des transactions.	210
	2. Du cautionnement.	
423	Notion de ce contrat. — Des conditions essentielles à son existence.	213
424	Des conditions de la validité du cautionnement.	218
425	Des diverses espèces de cautions. — Des effets de l'obligation de fournir une caution. . .	220
426	De l'étendue du cautionnement. — De ses effets entre la caution et le créancier.	223
427	Des effets du cautionnement entre la caution et le débiteur principal	232
428	De l'effet du cautionnement entre les cofidéjusseurs	239

§§		Pages.
429	Des différentes manières dont le cautionnement s'éteint	240
	3. Du nantissement.	
430	Du nantissement en général	250
	a. Du gage.	
431	Notion du contrat de gage. — Des conditions essentielles à son existence	251
432	Des conditions de la validité du contrat de gage, et des conditions de son efficacité à l'égard des tiers.	252
433	Des cas exceptionnels dans lesquels les dispositions des art. 2074 et 2075 se trouvent écartées ou modifiées.	270
434	Des droits du créancier nanti d'un gage. . . .	276
435	Des obligations du créancier et des droits du débiteur.	283
	b. De l'antichrèse.	
436	Notion de ce contrat.	284
437	Des conditions de la validité du contrat d'antichrèse, et de celles de son efficacité à l'égard des tiers	285
438	Des droits du créancier sur antichrèse.	286
439	Des obligations du créancier sur antichrèse. .	290
	CHAPITRE II. — Des quasi-contrats.	
440	Notion des quasi-contrats	291
441	1. De la gestion d'affaires	293
	2. De l'action en répétition naissant du paiement de l'indû; et, accessoirement, des autres actions en répétition qui s'y rattachent	302
442	De l'action en répétition de l'indû proprement dite (*Condictio indebiti*)	302
442 *bis*	De l'action en répétition de paiements effectués sans cause, ou pour une cause contraire à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, et de paiements obtenus à l'aide de moyens illicites (*Condictio sine causa, id est, hoc sensu, causa data, vel non secuta, vel finita. Condictio ob turpem, vel ob injustam causam*)	319

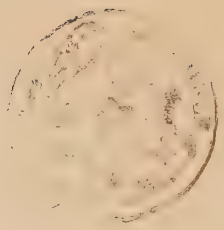
§§ Pages.

CHAPITRE III. — Des délits.

443 Notions générales sur les délits. 327
444 Des éléments du délit. 337
445 De l'obligation de réparer le dommage occasionné par un délit 345

CHAPITRE IV. — Des quasi-délits.

446 1. Des quasi-délits proprement dits 362
2. Des cas de responsabilité.
447 *a*. Des cas dans lesquels une personne est responsable du dommage causé par d'autres personnes 375
448 *b*. De la responsabilité du dommage causé par des animaux, ou par la ruine d'un bâtiment. 422

FIN DE LA TABLE DU SIXIÈME VOLUME

Paris. — Typ. PH. RENOUARD, 19, rue des Saints-Pères. — 54771.